



Universidade de Brasília

Faculdade de Direito

ANA CAROLINA DIAS RIBEIRO

**A TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA E OS EMBARGOS
PREQUESTIONADORES NA JUSTIÇA DO TRABALHO**

Brasília

2013

ANA CAROLINA DIAS RIBEIRO

**A TUTELA JURISDICCIONAL EFETIVA E OS EMBARGOS PREQUESTIONADORES NA
JUSTIÇA DO TRABALHO**

Monografia apresentada como requisito parcial
para conclusão do curso de bacharelado em
Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Ms. Victor Russomano Júnior

Brasília

2013

RIBEIRO, Ana Carolina Dias.

A tutela jurisdicional efetiva e os embargos prequestionadores na Justiça do Trabalho. / Ana Carolina Dias Ribeiro. Brasília: UnB, 2013.

(...) f.

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de bacharelado em Direito da Universidade de Brasília – UnB. Orientador: Victor Russomano Júnior.

1. Processo Trabalhista. 2. Recursos extraordinários trabalhistas.
3. Pquestionamento. 4. Tutela jurisdicional efetiva.
5. Embargos prequestionadores.

ANA CAROLINA DIAS RIBEIRO

**A TUTELA JURISDICCIONAL EFETIVA E OS EMBARGOS PREQUESTIONADORES NA
JUSTIÇA DO TRABALHO**

Monografia apresentada como requisito parcial
para conclusão do curso de bacharelado em
Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Ms. Victor Russomano Júnior

Brasília, Dezembro de 2013

Banca Examinadora

Ms. Victor Russomano Júnior
Orientador

Ms. Ana Sylvia Pinto Coelho
Examinadora

Dr. Othon de Azevedo Lopes
Examinador

Dedico este trabalho a minha avó, Maria Morais Ribeiro,
in memoriam, por ter estado sempre na torcida.

RESUMO

O objetivo principal desta monografia é o de demonstrar que a assunção de atributos prequestionadores aos embargos declaratórios garante a pretensão processual à tutela jurisdicional efetiva. A discussão se desenvolve em um contexto em que os Tribunais Superiores, pressionados pela propalada “crise do Judiciário”, blindam-se do elevado volume de processos por intermédio de jurisprudência defensiva direcionada a obstar o acesso à jurisdição por eles prestada. O trabalho foca exatamente o juízo de admissibilidade do recurso de revista, com destaque para a satisfação do requisito específico do prequestionamento, que exige um trato preliminar da matéria objeto de impugnação. Ressalte-se o fato de ser necessário preparar, para fins de conhecimento, o recurso extraordinário trabalhista ainda em juízo ordinário, a despeito de esta segunda instância atender à lógica operacional diversa. Efetivamente só nesse cotejo que se vê com clareza, as limitações da devolutividade restrita e da impossibilidade de reexame de fatos e provas em instância extraordinária. O que se acentua na adoção de um formalismo extremado e cego aos elementos que escapem ao registro expresso no acórdão regional. Desse modo, exige-se a consignação de dados pelos Tribunais Regionais que não precisariam necessariamente constar do julgado, não fosse a possibilidade de restar inviabilizada a admissibilidade do recurso de revista. Nessa toada, o objeto desse trabalho enfatiza a importância assumida pelos embargos declaratórios. Esses, extravasando as modestas funções de sanar omissão, contradição e obscuridade, acabam por se agigantar de tal forma que seu uso estratégico e preparatório se mostra imprescindível. São os chamados embargos prequestionadores, por intermédio dos quais as partes forçam os limites tradicionalmente reconhecidos à via integrativa. De tal forma a atribuir-lhe a função anômala de preparar caminho para a interposição do recurso de natureza extraordinária. Embora haja resistência, principalmente por parte dos Tribunais Regionais, aos atributos prequestionadores dos declaratórios, negá-los seria o mesmo que atentar contra uma tutela jurisdicional efetiva. Se a parte é imposta o cumprimento de pressupostos recursais específicos, não reconhecer meio processual para promover sua satisfação corresponde à negativa de acesso à Justiça.

Palavras-chave: 1. Processo Trabalhista. 2. Recursos extraordinários trabalhistas. 3. Prequestionamento. 4. Tutela jurisdicional efetiva. 5. Embargos prequestionadores.

ABSTRACT

The main objective of this monograph is to demonstrate that the assumption of “atributos prequestionadores” to the “embargos declaratórios” guarantees procedural pretension for the effective judicial protection. The discussion is developed within a context in which the Supreme Courts, pressed by the divulged “Judiciary crisis”, armor themselves against the high number of processes with the aid of a defensive jurisprudence aiming to impede the access to the jurisdiction rendered by them. This paper focuses exactly on the judgment of admissibility of the appeal, specially regarding the accomplishment of the specific requisite of the “prequestionamento”, which requires a preliminary handling of the subject which constitutes the object of impugnation. We must highlight the fact that it is necessary to prepare the labor extraordinary appeal while it is yet in ordinary judgment, in spite of the fact that this second instance follows a different operational rationale. Effectively, it is only in this collation that we can clearly observe the limitations of the restricted devolutivity and the impossibility of reexamination of facts and evidences in an extraordinary instance. This is enhanced when a formalism that is extreme and blind to the elements which escape from the record expressed by the regional judgment is adopted. Thus, the consignment of data by the Regional Courts, which would not necessarily need to be reported by the judicial district, is required, if it were not for the possibility that the admissibility of the appeal would be made inviable. Hence, the aim of this paper is to emphasize the importance of the “embargos declaratórios”. These, extravasating their modest functions of blocking the occurrence of omission, contradiction and obscurity, end up being enlarged in such a way that their strategic and preparatory usages are made indispensable. These are called “embargos prequestionadores”, through which each party pushes the traditionally known limits towards the integrative pathway. This pathway is granted the function of preparing the way for the admissibility of the interposed extraordinary appeal. Although there is resistance, specially from the Regional Courts, to the “atributos prequestionadores” of the requests “declaratórios”, denying them would be the same as venturing against an effective judicial protection. Once the accomplishment of specific appellate presuppositions is imposed to the party, the non-recognition of a procedural means for the promotion of its satisfaction corresponds to the denial of one’s access to Justice.

Keywords: 1. Labor process. 2. Labor extraordinary appeal. 3. “Pquestionamento”. 4. Effective judicial protection. 5. “Embargos prequestionadores”.

RÉSUMÉ

Le principal objectif de cette monographie est de démontrer l'hypothèse des « atributos prequestionadores » pour justifier les embargos déclaratoires qui garantissent la procédure d'une protection juridictionnelle effective . La discussion se développe dans un contexte où les 'Tribunaux Supérieurs' , sous la pression de la « crise de la magistrature » tant vantée , se protègent contre le volume élevé de jurisprudences défensives visant à empêcher l'accès à leurs propres compétences. Cette étude se concentre exactement sur le jugement de la recevabilité en appel, en particulier pour répondre aux exigences spécifiques de « prequestionamento », qui nécessite un traitement préalable de l'objet de litige . Il est à noter qu'il est nécessaire de préparer le recours de jugement en appel extraordinaire encore en jugement ordinaire , malgré que cette deuxième instance réponde à la différent mode opératoire. En effet, c'est seulement là que , de toute évidence , sont les limites de la « devolutividade » restreinte et l'impossibilité de l'examen des faits et des preuves en instance extraordinaire . Ce qui est accentué par l'adoption d'un système formaliste extrême et aveugle aux éléments qui passent au-delà des registres 'express' de jugement régional . Ainsi, il est exigé le dépôt des données par les tribunaux régionaux sans nécessairement mentionner le jugé , dans la mesure où il reste impossible la recevabilité du propre recours en appel. À ce titre , l'objet de ce travail souligne l'importance prise par les embargos déclaratoires . Ceux-ci, en ayant les modestes fonctions de remédier à l'omission , la contradiction et l'obscurité , finissent par grandir de telle manière que son utilisation préparatoire et stratégique devienne essentielle. Ce sont ces fameux « embargos prequestionadores », par l'intermédiaire desquels les parties forcent les limites traditionnellement reconnu par le parcours d'intégration ; donc, lui assignant la tâche de préparer la voie à la recevabilité du recours extraordinaire apporté . Bien qu'il y ait de la résistance , en particulier par les Tribunaux Régionaux , aux « atributos prequestionadores dos embargos de declaração », le nier reviendrait à se retourner contre la protection juridictionnelle effective. Comme il est un devoir de respecter les différents recours existants en appel , ne pas reconnaître les moyens de procédure pour promouvoir sa propre satisfaction correspond à la négation de l'accès à la justice .

Mots-clés: 1. Procès de travail. 2. Recours de travaux extraordinaires. 3. «Prequestionamento». 4. Une tutelle juridictionnelle effective. 5. «Embargos prequestionadores».

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AI	Agravo de Instrumento
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	Código de Processo Civil
EDs	Embargos de Declaração
NPJ	Negativa de Prestação Jurisdicional
NNPJ	Nulidade por Negativa de Prestação Jurisdicional
OJ	Orientação Jurisprudencial
RE	Recurso Extraordinário
RO	Recurso Ordinário
RR	Recurso de Revista
S	Súmula
SDI	Seção de Dissídios Individuais (do TST)
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
VT	Vara do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. A INSTÂNCIA RECURSAL EXTRAORDINÁRIA.....	14
1.1. O Tribunal Superior do Trabalho não é uma terceira instância.....	15
1.2. Recursos de cunho ordinário e de cunho extraordinário.....	17
1.3. Recursos extraordinários trabalhistas.....	20
1.3.1 Hipóteses de cabimento do recurso de revista.....	21
1.3.1.1 Alínea “a”.....	21
1.3.1.2 Alínea “b”.....	23
1.3.1.3 Alínea “c”.....	24
1.4. Cotejo entre os juízos de admissibilidade e de mérito.....	25
1.4.1. Da aproximação entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito.....	27
1.4.2. Do distanciamento entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito.....	29
1.5. A propalada crise do Judiciário e a jurisprudência defensiva.....	32
2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O EFEITO DEVOLUTIVO.....	33
2.1 A devolutividade recursal.....	34
2.2. Princípio da eventualidade e <i>causa petendi</i>	37
2.2.1. A facultatividade das contrarrazões.....	39
2.2.2. As matérias de ordem pública e o princípio inquisitivo.....	39
2.3. A incidência da preclusão e repercussões.....	41
2.4. O âmbito restrito da devolutividade dos recursos extraordinários <i>lato sensu</i>	43
2.5. O reexame de fatos e provas: Súmula 126 do TST.....	46
2.5.1. Elastecimento do que sejam fatos.....	48
3. O PREQUESTIONAMENTO.....	51
3.1. Considerações sobre o prequestionamento.....	52
3.2. O acesso à Justiça e a efetiva tutela de direitos em âmbito recursal.....	55
4. OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PREQUESTIONADORES.....	58
4.1. Leitura ortodoxa e avanços na funcionalidade dos embargos declaratórios.....	59
4.2. As formas de resistência à atribuição de efeitos prequestionadores.....	62
4.3. O dever de motivação e a omissão judiciária.....	65

4.4. Natureza recursal dos embargos de declaração e sucumbência.....	68
4.5. Negativa de prestação jurisdicional.....	70
4.5.1. O exercício da cassação e a importância do controle.....	72
CONCLUSÃO.....	74
REFERÊNCIAS.....	76

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem por ensejo responder a algumas questões enfrentadas na lida cotidiana com a interposição de recursos de revista, em especial no que diz respeito às dificuldades em ultrapassar o juízo de admissibilidade com a obtenção de análise de mérito pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST). A intenção foi de conferir um suporte teórico ao que se vivencia na prática, a partir da compreensão das especificidades do recurso de natureza extraordinária marcado por alto grau de tecnicidade.

Nesse sentido, o malgrado com que os Tribunais Regionais do Trabalho (TRT) reagem à interposição dos embargos prequestionadores chamou atenção e gerou incômodo desde o início dos trabalhos com a advocacia trabalhista no âmbito de jurisdição extraordinária. Isso porque o manejo estratégico dos embargos de declaração se mostrou ferramenta fundamental à busca pelo cumprimento dos pressupostos recursais específicos, especialmente quando a tendência é interpretá-los no sentido mais amplo possível e em desfavor ao recorrente.

Oportuno abrir parênteses para o resgate da exposição do Ms. Vitor Russomano Júnior, no seminário “A advocacia Trabalhista e os 70 anos da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT”, quando enfatizou os desafios atuais enfrentados pela advocacia trabalhista, em que mais que conhecimento, exige habilidade para enfrentar uma política de contenção extrema. Registre-se fala que resume bem suas colocações: “Essa política é enfrentada por gigantes. As dificuldades técnicas encontradas por advogados trabalhistas são inúmeras” (informação verbal).

Ocorre que ante a oposição dos declaratórios, percebeu-se que os Tribunais Locais, via de regra, limitam-se a responder que o Juízo não é obrigado a rebater um a um todos os argumentos das partes, bastando a fundamentação válida de sua decisão. Todavia, essa resposta não é fácil de ser aceita quando se pensa na obrigatoriedade que a matéria objeto do pleito recursal seja abordada no acórdão regional no diz respeito aos fundamentos fáticos e jurídicos, para fins de superar o requisito do prequestionamento.

Foi a curiosidade em torno da sustentação desta afirmativa que permitiu o recorte temático do presente trabalho. A reflexão promovida levou a um percurso exploratório rico, permeado de reflexões que servem tanto aos advogados militantes da área, ao fornecer-lhes aparato conceitual para preparar o processo às exigências da admissibilidade recursal, quanto

aos magistrados, ao fazê-los perceber a importância de sua atuação ao viabilizar o acesso à jurisdição do TST, permitindo que este exerça sua relevante função institucional.

Com essa finalidade, promoveu-se consulta não apenas a doutrina, mas também ao acervo jurisprudencial dos Tribunais Regionais e da Corte Trabalhista, conferindo maior ênfase às orientações consolidadas a exemplo das súmulas. Mesmo sendo trabalho de viés dogmático, não se furtou a perspectiva crítica quando esta se mostrou necessária, nem a apontar a complexidade de assuntos tratados com simplismo positivista. Assim o fez, sem descuidar que, para fins de procedibilidade recursal, “joga-se as regras do jogo”.

A distribuição dos capítulos e do conteúdo trabalhado em cada um deles teve por intento que a exposição avançasse fornecendo condições ao leitor para compreender os vários aspectos tratados em convergência para a aceitação dos atributos prequestionadores dos embargos declaratórios. Nesse caminho, foi necessário mesmo desconstruir a visão tradicional que se mantém em torno de determinados institutos a exemplo da omissão judicial, cujo significado foi problematizado com amparo em respeitável doutrina.

Procurou-se não perder de vista a concatenação entre as seções do texto, com intento a deixar bem evidenciado o “fio da meada”, por isso a opção de a cada abertura de capítulo compartilhar os objetivos da matéria que ali veio a ser abordada. Nesse mesmo sentido, procurou-se ainda apontar como o tema tratado sofre delimitação pelas linhas convergentes ao tema central da monografia encerrado no título “A tutela jurisdicional efetiva e os embargos prequestionadores na Justiça do Trabalho”.

A escolha do referido enunciado para identificar a monografia partiu da compreensão de que a discussão posta apenas se justifica diante de sua relevância para a consecução das garantias processuais de raízes constitucionais. Desse modo, ostenta-se o acesso à efetiva tutela jurisdicional como um direito fundamental das partes litigantes, incluindo a garantia de acesso a instrumentos processuais capazes de promovê-la, o que fornece subsídios à acolhida dos embargos prequestionadores.

De antemão, é previsível que haja aqueles que, ao lerem essas linhas introdutórias, perguntem se tal discussão não se apresentaria sem maior relevância à vista da consagração do chamado prequestionamento implícito, quando basta a mera oposição dos embargos independentemente de uma resposta positiva pelo órgão prolator da decisão embargada. O que se adianta é que o referido comando se limita às questões jurídicas, quando é sabido que a

distinção entre fato e direito é artificial, servindo de margem para a atuação de jurisprudência imbuída da redução do número de processos em trâmite.

E mesmo se assim não fosse, fundamental a construção de edifício teórico que confira justificativa consistente para a necessidade de oposição de embargos declaratórios, permitindo identificar no que consiste vício no pronunciamento de decisões sujeitas ao recurso de revista. Desse modo, confere-se fundamento ao manejo oportuno dos embargos, que acabam por se agigantar de tal forma que seu uso estratégico e preparatório se mostre imprescindível à interposição exitosa dos apelos antes mencionados.

Em arremate, como todo processo exploratório, levantaram-se diversas indagações: A enunciada desnecessidade na abordagem de todos os argumentos lançados pelas partes estaria relacionada aos efeitos recursais? Os referidos efeitos sofreriam alteração entre os recursos de natureza ordinária e extraordinária? Trataria diferença indicativa de que a lógica operacional típica de cada instância geraria a dificuldade na compreensão pelo Juízo *a quo* da importância de seu pronunciamento para que se abram as portas dos Tribunais Superiores?

E mais: Como o trato da matéria ainda em Juízo *a quo* se relaciona a satisfação do prequestionamento, na leitura que a Corte Trabalhista lhe confere, cuja presença é avaliada na admissibilidade dos recursos de revista? Prestariam os embargos de declaração a garantir o direito que tem os jurisdicionados de satisfazer os pressupostos recursais com vistas ao acesso à jurisdição excepcional? Ao reconhecer-lhes atributos prequestionadores, seria exigível outro perfil do seja completude nas decisões recorríveis ao TST?

É esta basicamente a tônica do texto que virá a seguir.

1. A INSTÂNCIA RECURSAL EXTRAORDINÁRIA

É sabido que os capítulos introdutórios são, por regra, vocacionados à transmissão de noções preliminares acerca do tema a ser trabalhado. Não poderia ser de outra forma haja vista que a elaboração de uma monografia não permite que os fundamentos do tema escolhido subsistam implícitos. Assim, é preciso que as bases sejam assentadas para que se possa dar continuidade com a investigação do objeto da pesquisa. *In casu*, essa ponderação é observada, sendo as seções do capítulo postas de forma a possibilitar essa perspectiva inaugural.

Como o interesse se volta ao acesso à instância extraordinária trabalhista, inicia-se falando da estruturação dos órgãos que compõem a Justiça do Trabalho, para que no interior dessa estrutura venha a ser localizado o TST. Nesse intento, busca-se compreender o porquê de se afirmar que o Órgão de Cúpula não é terceira instância, mas sim instância de ordem diversa daquelas que lhe antecedem. Adianta-se, para fins de compreensão da abertura de cada seção, que se promove a distinção entre as instâncias ordinária e extraordinária.

Em sendo assim, mostra-se oportuno que na sequência venha ser trabalhada essa dualidade, apresentando, em linhas gerais, o cotejo entre recurso de cunho ordinário e de cunho extraordinário. Essa é noção que deve estar bem marcada, sendo para tanto resgatada no segundo capítulo. E, como o estudo tem por enfoque a Justiça do Trabalho reserva-se espaço para discorrer especificamente acerca dos recursos extraordinários trabalhistas, quais sejam o recurso de revista e os embargos à Seção de Dissídios Individuais (SDI).

Reafirma-se o enfoque na questão do acesso para fins de justificar a exposição em torno dos juízos de admissibilidade e de mérito, em relação aos quais foi feita a opção por fugir da abordagem tradicionalmente vinculada pela doutrina. Desse modo, buscou-se junto à jurisprudência elementos para apresentação que transmitisse o dinamismo com que esses dois juízos se relacionam na prática forense. Exposição esta promovida com intuito meramente informativo, não se tendo por conveniente explorar a correção de tais movimentos.

Por fim, vinculou-se a chamada jurisprudência defensiva, porque inserida no âmbito contextual à atuação dos Tribunais Superiores, não podendo ser ignorada sua influência ao tornar o juízo de admissibilidade barreira de difícil transposição. Trata-se da reiteração de decisões que, aproveitando-se da marcante tecnicidade dos recursos excepcionais, abre margem a adoção de formalismo extremado na aferição dos pressupostos recursais com a finalidade patente de obstar o processamento do recurso interposto.

Nesse passo, mister destacar desde logo que as matérias ora dispostas serão resgatadas no desenvolver do trabalho nos capítulos posteriores, seja para que se compreenda o que se expõe a luz das noções introdutórias, seja para desenvolvê-las e aprofundá-las.

1.1 O Tribunal Superior do Trabalho não é uma terceira instância

Após as mudanças estruturais promovidas pela EC 24/99, a Justiça do Trabalho é constituída pelas Varas do Trabalho (VT), pelos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT) e pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST). Assim o processamento da lide trabalhista, em regra, inicia-se com Juiz Monocrático, responsável pelo primeiro grau de jurisdição e perante o qual os meios probatórios são produzidos. Na sequência, os TRTs analisam, em âmbito de segunda instância e por meio do recurso ordinário (RO), as sentenças das VTs.

Essa é a instância ordinária, em relação a qual é oportuno atentar para a atuação do TRT, enquanto órgão competente para emitir novo pronunciamento judicial sobre o caso inclusive com incursão na reanálise probatória. Dotado de efeito devolutivo integral, o recurso ordinário consubstancia-se na perspectiva de que todo julgado, em princípio, deveria ser revisado por um órgão de grau superior, noção esta que informa o princípio do duplo grau de jurisdição. Em outras palavras, seria o expediente de oferecer a outro o exame da causa.

Já a esfera recursal do TST estaria compreendida na chamada instância extraordinária, a qual Russomano Júnior (2011, p.19) enfatiza não se tratar de uma terceira instância, mas sim de uma instância diversa daquela compreendida pelas Varas do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho. Seu acesso não visa tão somente propiciar ao vencido a revisão do julgado, a função institucional é outra, que nem mesmo é centrada na justiça da decisão, no que corresponde a uma violação ao direito subjetivo ou a questão fática.

Com efeito, a afirmativa de que o Tribunal Superior do Trabalho não é uma 3ª instância lança luzes ao fato de se tratar de instância de ordem diversa daquela em que compreendidos os demais órgãos judicantes trabalhistas. Nessa medida é que serve de indicativo do realce que o TST assume dentro da estrutura do Judiciário Trabalhista e do fato de marcar a passagem a um tratamento especial conferido à lide.

É de notar-se que o recurso passa a ser uma reclamação contra o Juízo *a quo*, na medida em que o Tribunal destinatário tem como atribuição o controle da legalidade e

constitucionalidade das decisões dos TRTs, bem como um meio de busca da certeza e da previsibilidade do direito, incumbência de uniformização jurisprudencial. Não se mostra mais suficiente o mero inconformismo, o acesso à jurisdição extraordinária do TST apenas se abre para fins de persecução desta função institucional peculiar.

Interessante observar que a Corte Trabalhista centraliza as funções de controle da constitucionalidade e legalidade das decisões judiciais proferidas pelos órgãos judiciários de instância ordinária, diferente do que ocorre na Justiça Comum em que há uma repartição de atribuições entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Bem se observe que o STJ apenas detém competência para exercer o controle da legislação infraconstitucional, enquanto o TST também é incumbido da tutela constitucional, ainda que de sua decisão a parte possa recorrer ao Supremo.

Mas acontece que só indicar a condição de instância extraordinária é pouco, mostra-se pertinente, aos fins deste trabalho, localizá-lo entre as espécies de Cortes Recursais consagradas no direito comparado. Com efeito, adentra-se, ainda que superficialmente, na discussão de qual o modelo de tribunal o TST se perfaz: de Cassação ou de Revisão. Esses são os dois modelos tradicionais que vinculam âmbitos extremos de atribuição recursal, cujas características são acentuadas em sua apresentação enquanto modelo teórico puro.

A Corte de Cassação foi adotada e se desenvolveu na Alemanha e em Portugal, a eles se vinculando modelo em que o Tribunal se volta à função exclusiva de controle, devendo anular a decisão e remetê-la ao órgão prolator para nova análise. Enquanto o Tribunal de Revisão, por sua vez, associa-se ao direito da França e da Itália, onde se desenvolveu modelo em que o próprio órgão ao qual se dirige o recurso é competente para emitir novo pronunciamento judicial sobre o caso.

A consciência sobre qual modelo se revestem as Cortes Superiores no Brasil, inclusive no que concerne ao TST, é bem trabalhada por Nijnik (2005, p.239), responsável por apresentá-la como um misto em termos de cassação e revisão, ou seja, na qual são identificados traços de ambos os modelos. Em sendo assim, o esforço em uniformizar e tornar previsível a jurisprudência em torno da leitura da legislação federal e da Constituição (traço do modelo de cassação) é promovido a partir de análise do caso realizada pelo próprio Tribunal (traço do modelo de revisão).

Insta observar que há quem chame esses órgãos colegiados de Tribunais de Precedentes, de tal forma a se acentuar que a finalidade de suas atribuições não se encontra

em corrigir injustiças, mas sim firmar entendimento quanto à interpretação dos dispositivos legais e Constitucionais. Mas é cediço que a função a eles atribuída não se esgota ao afastar a decisão combatida, sendo-lhes também de incumbência a relevante função de apontar qual sentido da lei se mostra o mais adequado ao caso em comento¹.

Mesmo ante a especificidade dos casos sob apreciação, deve-se ter por satisfatória resposta tão somente normativa, o que impõe o desafio de que só possa ser objeto de cognição matéria que ostente o *status* de “*quaestio iuris*”, haja vista impossível o reexame de fatos e provas. Marcadas as referidas singularidades, renuncia-se a tentativa de localizar a competência do TST em qualquer desses modelos extremos, sendo preferível sua classificação como Tribunal Híbrido, cujas características serão resgatadas em passagens posteriores deste texto.

1.2 Recursos de cunho ordinário e de cunho extraordinário

Nesse capítulo, será tratada a diferenciação dos recursos interpostos perante às Cortes Superiores. Adotaremos a mais consagrada das classificações, qual seja, aquela que distingue os recursos em ordinários e extraordinários. Quanto a essa escolha, Jorge (2007) destaca que se trata de distinção que permite o acesso a uma série de aspectos particulares desses grupos. E mais, atraindo o interesse para os fins deste trabalho, oferece subsídios para a compreensão do porquê de tantas peculiaridades para sua admissão.

Longe de se tratar de uma classificação eminentemente teórica ou mesmo acadêmica, a presente distinção entre recursos ordinários e extraordinários permite identificar uma série de aspectos particulares a cada um desses grupos. É justamente em razão da mesma que é possível entender o porquê de tantas peculiaridades para a admissão dos recursos extraordinários. Quando se exige o prequestionamento, não se trata de rigorismo dos tribunais superiores, mas sim de circunstância que está intrinsecamente ligada ao próprio recurso excepcional. É cediço que as correções às decisões são feitas até segundo grau de jurisdição, não se podendo atribuir aos recursos excepcionais essa mesma função. Somente em dadas circunstâncias é que são abertas novas chaves de análise daquilo que foi mais de uma vez decidido. (2007, p.32-34)

¹ Nesse sentido, Barbosa Moreira observa: “Note-se que o STF ou o STJ, em conhecendo do recurso, não se limita a censurar a decisão recorrida à luz da solução que dê a *quaestio iuris*, eventualmente cassando tal decisão e restituindo os autos ao órgão a quo, para novo julgamento. Fixada a tese jurídica a seu ver correta, o tribunal aplica-a à espécie, isto é, julga ‘a causa’ (*rectius*: a matéria objeto de impugnação) [...]”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil** v. 5. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.596)

Assimilando a importância e praticidade dessa contribuição, Rodolfo de Camargo Mancuso exalta a subdivisão em comento por colocar em evidência as características procedimentais de relevo ao seu manuseio. Na transcrição a seguir promovida, o autor consegue em poucas linhas fazer um apanhado dos principais traços do quadro comparativo entre os chamados recursos “comuns”, “normais” ou “ordinários”, de um lado, e de outro os denominados “especiais”, “excepcionais” ou “extraordinários”. *Verbis*:

De todo modo, na classe dos “recursos”, a subdivisão desejável deve ser alguns recursos têm uma forma menos rígida; são dirigidos a Tribunais locais ou regionais; não apresentam exigências específicas quanto à sua admissibilidade; comportam discussão de matéria de fato e de direito; e a mera sucumbência (= o fato objetivo da derrota) basta para deflagrar o interesse na sua interposição. A esses podemos chamar de “comuns”, “normais” ou “ordinários”, conforme a terminologia que se prefira. Naturalmente, os outros recursos que, ao contrário desses, apresentam uma rigidez formal de procedibilidade; são restritos às quaestio juris, dirigem-se aos Tribunais de cúpula judiciária; não são vocacionados à correção de mera “injustiça” da decisão, e apresentam, como diz Frederico Marques, a particularidade de exigirem “a sucumbência e um *plus* que a lei processual determina e especifica”, esses ficam bem sob a rubrica de “especiais”, “excepcionais” ou “extraordinários”. (MANCUSO, 2007, p.125-126)

O critério mais imediato para distinção entre os recursos de cunho ordinário e extraordinário diz respeito à identificação do órgão incumbido de julgá-los. Compõem a instância recursal ordinária os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais, enquanto a instância extraordinária é formada pelas Cortes Superiores (STF, STJ e TST). Esta última não constitui uma terceira instância, não tendo sua existência voltada a satisfazer o mero inconformismo dos litigantes, possuindo sim importante função institucional.

Nesse mister, a missão das Cortes Superiores relaciona-se à defesa e à preservação da unidade do ordenamento jurídico, ao garantir a observância do direito objetivo e a uniformidade jurisprudencial. Fica a ideia de que é a instância soberana na uniformização do direito federal e constitucional, fundamento para a existência de tais recursos e atribuição fundamental desses Órgãos de Cúpula.

Com efeito, o segundo critério de classificação vincula-se à função do objeto de cada um dos recursos, ordinário e extraordinário. De tal forma que àqueles seja reservada a função de tutelar o direito subjetivo do recorrente, enquanto a estes a incumbência de resguardo do direito objetivo do recorrente, apenas tutelando de maneira reflexa e mediata o interesse das partes envolvidas no litígio. (ASSIS, 2011, p.58-59; THEODORO JÚNIOR, 2007, p.6)

Por outro ângulo, desdobramento do anterior, tal diferenciação é apresentada em função da possibilidade de reexame dos fatos e provas. Enquanto aos recursos de cunho ordinário, a revisão do julgado perpassa inclusive a análise probatória do litígio, aos apelos extraordinários, a função de uniformização jurisprudencial e de controle de legalidade e constitucionalidade das decisões encontra-se presa a moldura fática consolidada pelas instâncias inferiores. Por essa razão é que são identificados como Tribunais de Direito.

Todavia, não é qualquer discussão jurídica que se mostra apta a elaboração do apelo extraordinário, exatamente em virtude de tais Tribunais de Cúpula estarem incumbidos de função especial. Verifica-se o oposto do que ocorre com os apelos comuns, recursos de fundamentação ou crítica livre², em que basta a sucumbência para ensejar sua interposição. Estes admitem que o julgado seja impugnado com base em qualquer suporte, da maneira mais ampla possível a motivação pode abarcar tanto fatos quanto fundamentos de direito.

No caso dos recursos de cunho excepcional, a legislação de regência informa as hipóteses de cabimento. A lógica é de que as razões recursais se subsumam a um tipo posto, remetendo a ideia de uma tipicidade recursal. De tal forma que a impugnação que pode ser dirigida à decisão combatida resta vinculada única e tão somente aos fundamentos descritos no art. 102 da CF, no caso do STJ; no art. 105 da CF, no caso do STF; e no art. 896 da CLT, no caso do TST. São os chamados recursos de fundamentação ou crítica vinculada³.

Traço distintivo também pode ser apontado na maior tecnicidade dos recursos extraordinários, apresentando uma acentuada rigidez formal de procedibilidade. Manifestação do que ora se expõe é o fato de que dos recursos ordinários apenas se exige o preenchimento de pressupostos comuns ou genéricos, válidos para todos os recursos. Eles se dividem em intrínsecos (cabimento, legitimação e o interesse em recorrer) e extrínsecos (tempestividade, regularidade formal, ausência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, preparo).

Já quanto ao recurso de índole extraordinária, para além dos requisitos de admissibilidade comuns, exige-se um *plus*, a obrigatoriedade de demonstrar o cumprimento de requisitos de admissibilidade especiais. Insta observar que desempenham a função de

² Nesse particular, segue registro de Didier e Cunha no sentido de que “o recorrente está livre para, nas razões do seu recurso, deduzir qualquer tipo de crítica em relação à decisão, sem que isso tenha qualquer influência na sua admissibilidade. A causa de pedir recursal não está delimitada pela lei, podendo o recorrente impugnar a decisão alegando qualquer vício.” (DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 7ª ed. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2009, v. 3, p. 29).

³ Em convergência, Oliveira faz constar em sua obra que, nos recursos de fundamentação vinculada, “a norma, ao estatuir os requisitos específicos do recurso, fixa limites à fundamentação, fazendo com que o recorrente invoque a tipicidade do erro [...]”. (OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes. **Recurso especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 149).

elementos qualificadores que permitem a abertura da via extraordinária e o acesso à Corte Superior. Em assim sendo, a admissibilidade de tais recursos exige o cumprimento simultâneo dos pressupostos genéricos e especiais. Entre esses, destaca-se o prequestionamento, cuja compreensão será especificamente trabalhada no capítulo 3.

1.3 Recursos extraordinários de natureza trabalhista

São basicamente dois os recursos extraordinários trabalhistas, o recurso de revista e os embargos, disciplinados, respectivamente, nos artigos 896 e 894 da CLT. Por proporcionar uma análise mais rica, este trabalho fará menção com maior ênfase à revista, porque é por seu intermédio que se faz a transição entre a instância ordinária (TRTs e Varas) e a instância extraordinária do TST, por serem maiores as hipóteses de seu cabimento e, portanto, seu manejo pelas partes e por significar o acesso primeiro à jurisdição superior⁴.

Tratam-se os embargos, pode-se assim dizer, de recurso interno. Enquanto o recurso de revista tem tramitação junto a uma das 8 Turmas do TST, os embargos são direcionados à órgão diverso do mesmo Tribunal, a Seção Especializada em Dissídios Individuais. Com efeito, cabem embargos daquelas decisões não unânimes em processos de sua competência originária (art. 894, inc. I, da CLT) e das decisões das turmas que divergirem entre si ou em relação às decisões proferidas pela própria SDI (art. 894, inc. II, da CLT).

À vista disso, às Turmas cabe a apreciação do recurso de revista, de cujo acórdão prolatado poderão ser opostos embargos à SDI. Tem por incumbência os embargos à pacificação da jurisprudência das Turmas do TST, naquelas temáticas que se mostrarem divergentes⁵. Sempre foi sua característica precípua essa função uniformizadora, quer ensejada pela divergência jurisprudencial, quer pela violação à legislação federal ou à

⁴ A vista de tal opção, interessante registro promovido por Santos, *verbis*: “Inexistindo hierarquia entre os recursos – são a espécie e a finalidade que os diferenciam, no sistema processual brasileiro –, podemos dizer que a finalidade da revista trabalhista a credencia como o mais importante recurso do rol de meios de impugnação de decisões judiciais previstos na CLT.” (SANTOS, Aloysio. **Recurso de revista: o recurso extraordinário trabalhista: doutrina e prática do recurso de revista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.69)

⁵ Ainda Santos em nota de rodapé associada ao trecho anteriormente transcrito, faz constar que “os embargos de que trata o art. 894 da CLT são resultado da necessidade de submeter as decisões das Turmas do TST a um órgão coletivo mais representativo do Tribunal e que não seja o Plenário da corte. Seria razoável admitir-se os embargos de divergência, *simili modo*, do art.546 do CPC, mas uma ‘revista de revista’ foge da tradição jurídica brasileira e sobrecarrega a SDI.” (Id. Ibid., p.69)

Constituição. Acontece que essa segunda possibilidade desapareceu com a edição da Lei nº 11.496/2007.

Insta observar que, no período anterior a edição da lei mencionada, no caso do recurso de revista não ser conhecido, eram passíveis de interposição os embargos assentados na contrariedade ao art. 896 da CLT, responsável por apresentar as hipóteses de cabimento. Todavia, com a superveniente mudança legislativa, extirpando a previsão de embargos por ofensa à lei federal, pode ocorrer de a violação no exame dos pressupostos de recorribilidade não ser alcançada por eventual divergência jurisprudencial.

Nesse tocante, o Ministro João Batista Brito Pereira levanta a crítica de que “esse dispositivo na sua redação atual resultou do pensamento resistente, que considera estar no recurso uma via para se retardar o desfecho do processo. Parece ter sido essa a fonte inspiradora da Lei nº 11.496, de 22 de junho de 2007” (PEREIRA, 2008, p.1). Com isso, afirma-se que similarmente ao recurso de revista, os embargos também sofrem com essa postura de estreitamento da instância excepcional, o que por via reflexa repercute no processamento da própria revista.

Para fins desse estudo, o que importa saber é que sob o *status* de recurso de cunho extraordinário trabalhista, incluem-se tanto o recurso de revista quanto os embargos, compartilhando ambos dos pressupostos especiais de admissibilidade e das demais tecnicidades que permitem identificar o caráter extraordinário do recurso. Em assim sendo, as considerações que serão trabalhadas em linhas gerais também lhe são aplicáveis (RUSSOMANO JÚNIOR, 2011, p.42-50).

1.3.1 Hipóteses de cabimento do recurso de revista

Uma vez justificada a maior atenção dada ao recurso de revista, mister destacar serem três as suas hipóteses de cabimento, tratadas nas alíneas do art. 896 da CLT, que passou por importantes reformas. Insta observar que, diferentemente do recurso extraordinário e do recurso especial, as hipóteses de cabimento não são encontradas na Constituição Federal.

1.3.1.1 Alínea “a”

A primeira dessas hipóteses (alínea “a”) consubstancia a função do RR como recurso de divergência, apresentando a seguinte redação:

Art. 896 CLT - Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando:

- a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou a Súmula de Jurisprudência Uniforme dessa Corte;
- b) [...]
- c) [...]. (VADE MECUM, 2013, p.857)

Extrai-se que o dissenso pretoriano restará configurado quando se verificar interpretação divergente de um mesmo dispositivo federal. O cotejo deve ser promovido entre a decisão combatida e um dos seguintes paradigmas: julgado de TRT diverso; julgado da SDI-1; Súmulas do TST. Martins (2012, p.439) noticia que a redação anterior da alínea a não tinha encartada a hipótese de ser apresentada revista com fundamento em enunciado sumular do TST, apenas contando com previsão a partir da Lei nº 9.756/98.

Nesse passo, inválida divergência jurisprudencial instaurada com decisão do mesmo Tribunal Regional ou ainda de Turmas do TST. O recurso de revista é vocacionado a uniformização jurisprudencial *entre* TRTs diferentes, ficando cada um deles incumbidos de harmonizar o entendimento em seu âmbito (§3º do art.896 da CLT), da mesma forma que o próprio TST tem meio de impugnação destinado a tal finalidade no que tange as decisões advindas de suas Turmas, qual seja, os Embargos à SDI.

Embora não haja referência expressa, é pacífico que as Orientações Jurisprudenciais do TST também se prestam ao confronto de teses⁶, porque editadas pela SDI-1 e, por conseguinte, inseridas entre os itens mencionados. Aproveita-se para chamar atenção que a jurisprudência pacificada da Corte Superior Trabalhista tanto serve para impulsionar a revista

⁶ **OJ-219-SDI1/TST. RECURSO DE REVISTA OU DE EMBARGOS FUNDAMENTADO EM ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO TST (inserida em 02.04.2001)** É válida, para efeito de conhecimento do recurso de revista ou de embargos, a invocação de Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, desde que, das razões recursais, conste o seu número ou conteúdo. *In*: <http://www.tst.jus.br/ojs>. Acessado em 19/11/2013.

quanto para obstá-la, segundo dicção da S-333 do TST. Nesse sentido, incabível revista de decisões já superadas por iterativa, notória e atual jurisprudência do TST.

Ademais, ressalta-se que a divergência invocada nas razões recursais deve ser específica, ou seja, as decisões devem partir de quadro fático idêntico, sobre o qual seja problematizada a incidência de dispositivo legal (S-296, I, do TST). Além disso, deve abranger os diversos fundamentos em que se assentou a decisão combatida, embora não necessariamente os múltiplos fundamentos devam constar de um mesmo aresto paradigma (S-23/TST), entre outros requisitos a serem observados.

1.3.1.2 Alínea “b”

A segunda dessas hipóteses (alínea “b”) consubstancia a função do RR como recurso de divergência, apresentando a seguinte redação:

Art. 896 CLT - Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando:

a) [...]

b) derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente, na forma da alínea a;

c) [...]. (VADE MECUM, 2013, p.857)

Segundo expõe Martins (2012, p. 441), o art.896 da CLT de início contava com duas alíneas (“a” e “b”), apenas com a edição da Lei nº 7.701/88 foi inserida nova redação à segunda, passando o texto antes ali disposto a ocupar a alínea “c”. Interessante não apenas o acréscimo posterior dessa hipótese de cabimento, como o fato de sua constitucionalidade ter sido questionada pelo Ministério Público do Trabalho, aduzindo que a disposição introduzida pela lei nova tratava de fatos e provas, sendo assim inconstitucional.

Em resposta, o TST se pronunciou editando a Súmula nº 312, que é expressa ao afirmar a constitucionalidade da alínea “b” do art.896 da CLT com a redação que lhe foi dada pela lei instituidora, repelindo o argumento de que se trataria de matéria de fatos e provas. Interessante essa observação porque, em especial, quanto ao exame de convenção ou acordo

coletivo de trabalho importante que seu conteúdo tenha sido objeto de prequestionamento sob pena de que a análise do TST encontre como óbice às S-126 e S-297.

No geral, essa alínea não é muito utilizada, porque conforme destaca o item I da OJ nº 147 da SBDI-1/TST, há necessidade de que a parte comprove que “a lei estadual, a norma coletiva ou o regulamento da empresa extrapolam o âmbito do TRT prolator da decisão recorrida”. No caso da lei estadual, essa divergência apenas seria possível no caso do Estado de São Paulo que conta com dois TRTs (2ª Região e 15ª Região), e quanto à norma coletiva ou regulamento da empresa poucos são os casos de aplicação para além do Estado.

1.3.1.3 Alínea “c”

A terceira dessas hipóteses (alínea “c”) consubstancia a função do RR como recurso de nulidade, apresentando a seguinte redação:

Art. 896 CLT - Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando:

a) [...]

b) [...]

c) proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal. (VADE MECUM, 2013, p.857)

Entre as funções mais nobres de incumbência da Corte Trabalhista encontra-se a elencada na alínea em comento, qual seja a de zelar pela observância da Lei Federal e da Constituição. Nesse particular, Martins afirma que “costuma-se dizer que o tribunal *a quo* negou vigência a determinado dispositivo da legislação federal ou da Constituição, dando margem à interposição do recurso de revista” (2012, p.443).

Da leitura da transcrição acima, percebe-se que há referência à violação direta e literal à Constituição, com isso se quer dizer que não enseja o conhecimento da revista violação meramente indireta, reflexa ou disfarçada. A exemplo, a jurisprudência costuma repelir RR que invoque o princípio da legalidade (art. 5º, II, CF/88), da ampla defesa e do contraditório

(art. 5º, LIV e LV, da CF/88), entre outras violações genéricas como estas. Nesses casos, encontram-se violados os preceitos infraconstitucionais de disciplina específica⁷.

No tocante à legislação federal, deve ser acrescentada à exigência de violação literal a observação de que não dá ensejo à admissibilidade de recurso de revista interpretação razoável de preceito de lei, ainda que não seja a melhor, o que se extrai do Enunciado Sumular nº 221 do TST⁸, com redação analógica à Súmula nº 400 do STF. Insta observar o que apontam alguns críticos no sentido de que “interpretação razoável” e “literalidade” são conceitos vagos e desprovidos de conteúdo predeterminado.

Interessante chamar atenção ainda ao fato de que sob a referência de lei federal encontram-se abrangidos tanto lei material, processual, matéria de cunho trabalhista, de cunho cível que se aplique à seara juslaboral, quanto tratado ou convenção internacional e ainda a lei complementar. Desse modo, todas elas podem ser invocadas quando da interposição de recurso de revista para fins de cabimento.

1.4. Cotejo entre os juízos de admissibilidade e de mérito

Neste capítulo, será resgatado estudo compreendido na Teoria Geral do Processo relativamente à distinção entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito, apontando ainda uma leitura particularizada quanto aos recursos de cunho excepcional. Anota-se o intuito de, em um primeiro momento, ser apresentado o delineamento estanque promovido pela doutrina,

⁷ EMENTA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. APLICAÇÃO DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ AO DEVEDOR. (...). Tem-se, ainda, que não viabiliza o processamento de recurso de revista alegação de ofensa a princípios constitucionais genéricos, em razão do inconformismo do recorrente com a aplicação da legislação infraconstitucional ao caso vertente, porquanto, mesmo que perpetrada, a lesão seria reflexa ou indireta, não atendendo ao conceito de violação direta conforme dispõe o art. 896, § 6º, da CLT. Incólume o art. 5º, II e LV, da Constituição Federal. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST - AIRR: 1501408520035020058 150140-85.2003.5.02.0058, Relator: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 22/10/2008, 1ª Turma., Data de Publicação: DJ 31/10/2008.)

⁸ Nesse sentido, segue ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ENUNCIADO 221/TST. A violação de dispositivo de lei para ensejar a admissibilidade do recurso de revista há de se mostrar ligada à literalidade do preceito, o que não resta configurado quando constatada a interpretação razoável do texto legal. Agravo desprovido. (AIRR - 398544-13.1997.5.23.5555, Relator Juiz Convocado: Tarcísio Alberto Giboski, Data de Julgamento: 04/11/1998, 3ª Turma, Data de Publicação: 27/11/1998) Como decisões recentes, menciona-se: AIRR - 284440-23.2003.5.15.0122, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, 7ª T., Data de Publicação: 13/06/2008; AIRR - 94340-68.2005.5.03.0060, Rel. Min.: Maria de Assis Calsing, 4ª T., Data de Publicação: 07/05/2010.

para, em um segundo momento, trabalhar os movimentos de aproximação e de distanciamento desse modelo de distinção bem marcada, verificados a partir dos precedentes do TST.

Prima facie, há que se ressaltar que o recurso de revista, como ocorre em geral na sistemática dos recursos extraordinários *lato sensu*, está submetido a duplo juízo de admissibilidade. É o chamado juízo admissório bifásico ou bipartido, em que tanto o Tribunal de origem, prolator da decisão combatida, quanto a Corte Destinatária do apelo analisam a presença dos pressupostos recursais de conhecimento (SOUZA, 2008, p.22). O objeto é evitar, desde logo, a subida à superior instância de recurso sem condições de processamento.

Nesse particular, anota-se que inexistente vinculação entre os referidos juízos, de tal forma que o primeiro não condiciona a apreciação do segundo. Em sendo assim, a admissão do recurso pelo Tribunal Regional não conduz, necessariamente, a uma avaliação receptiva pelo TST. Este, ao proceder a nova apreciação de todos os requisitos de admissibilidade, pode chegar a conclusão oposta, pela ausência de aptidão para avançar sobre o mérito recursal, e, por conseguinte, restar a Revista não conhecida (RUSSOMANO JÚNIOR, 2011, p.28).

O tema de que nos ocuparemos nesta monografia chama a atenção para o segundo juízo de admissibilidade, porque promovido pelo juízo destinatário do recurso, logo por aquele que também é responsável pela análise meritória. Nesse passo, viabiliza-se ainda a abordagem exploratória sobre a forma como a própria Corte Superior controla a ascensão dos processos à instância excepcional. Temática indispensável a ser trabalhada, nessa perspectiva, concerne à distinção entre juízos de admissibilidade e de mérito.

É sabido que a atividade cognitiva em face da postulação recursal, como ocorre em relação a todo ato postulatório, deve ser realizada sob dois ângulos: o primeiro, em que se verifica o devido cumprimento dos pressupostos exigidos por lei para que se possa adentrar ao teor da impugnação (juízo de admissibilidade); e o segundo, que tem espaço apenas quando superado o anterior, voltado à análise propriamente dita da matéria impugnada (juízo de mérito). São duas etapas que se sucedem logicamente⁹.

Desse modo, o juízo de admissibilidade ostenta o *status* de atividade preliminar em relação ao juízo meritório, sendo imprescindível resposta positiva na primeira etapa com o conhecimento do recurso, para que venha a ser apreciado o mérito recursal, sendo este ao final

⁹ Ressalta Didier Jr que “toda postulação se sujeita a um duplo exame do magistrado: primeiro, verifica-se se será possível o exame do conteúdo da postulação; após, e em caso de juízo positivo no primeiro momento, examina-se a procedência ou não daquilo que se postula” (DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v.3. Salvador: Jus Podivm, 2007, p.41).

provido ou improvido. Nesse contexto, enquanto modelos puros, o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito figuram perfeitamente delimitados, com objetos de análise bem definidos e momento próprio no decorrer da marcha procedimental.

Acontece que os recursos de índole extraordinária apresentam elementos específicos que, embora ostentem o *status* de pressupostos de admissibilidade, não permitem que se vislumbre de maneira clara a linha divisória a partir do qual sua persecução invade a análise meritória. São as peculiaridades dessa espécie de impugnação, em particular o fato de ser recurso de fundamentação vinculada, e seus múltiplos desdobramentos que problematizam esse modelo ideal de separação de juízos.

Ante tal constatação, optou-se por explorar a jurisprudência do TST em busca de como essa Corte Superior promove o contato entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito, tendo-se alcançado a constatação que se dá por intermédio de uma abordagem marcada pela complexidade e pelo dinamismo. Em assim sendo, serão apresentados abaixo os movimentos de aproximação e de distanciamento entre os juízos anteriormente delineados, por conseguir transmitir o pique que o tratamento da matéria exige.

1.4.1. Da aproximação entre o Juízo de Admissibilidade e o de Mérito

Quanto à aproximação entre os dois juízos, de maneira tal que o juízo de admissibilidade chega mesmo a se sobrepor ao juízo de mérito, cita-se o conhecimento por ofensa legal tendo, como consequência lógica, o provimento do recurso. A exemplo, nas razões meritórias do processo nº TST-RR-1186-86.2012.5.09.0026, consta registrado pelo Ministro Relator Silvestrin apenas que: “ Consectário do conhecimento do Recurso de Revista por violação a dispositivo constitucional é o seu provimento”¹⁰.

À primeira vista, desafia a distinção promovida entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito a afirmação de que o reconhecimento de ofensa legal imponha, como consequência lógica, o provimento do recurso. Isso tendo em vista que, no juízo de

¹⁰ RR - 1186-86.2012.5.09.0026, Relator Desembargador Convocado: João Pedro Silvestrin, Data de Julgamento: 13/11/2013, 8ª Turma, Data de Publicação: 18/11/2013. In: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=trua&numeroFormatado=RR%20-%201186-86.2012.5.09.0026&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAANFSAAH&dataPublicacao=18/11/2013&query='Consect%EIrio%20do%20conhecimento%20do%20Recurso%20de%20Revista'> Acessado em: 24 nov. 2013.

admissibilidade, seria bastante a mera indicação das violações e afrontas constantes das alíneas do art. 896 da CLT. De sorte que a averiguação em torno da efetiva ocorrência apenas teria espaço quando da análise meritória.

Sobre isso é importante fazer referência à peculiaridade dos recursos extraordinários ao exigirem hipótese de cabimento específica e diferenciada, distintamente dos recursos ordinários em que basta a sucumbência. Trata-se dos chamados recursos de fundamentação vinculada, em que incumbe ao recorrente alegar os vícios típicos para que seu recurso se mostre cabível e, por conseguinte, alcance juízo de admissibilidade positivo.

Discussão muito interessante a esse respeito cuida-se da fundamentação a ser contraposta ao despacho denegatório, prolatado pelo órgão emissor da decisão combatida e que constitui o primeiro juízo de admissibilidade, naquelas hipóteses em que afirma não subsistirem as violações legais apontadas. Esse questionamento mostra-se relevante na medida em que busca evitar que reste desfundamentado o agravo de instrumento (AI) e, por conseguinte, que seja destrancado o recurso de revista interposto.

Nesse aspecto, insta observar que, ante o princípio da dialeticidade recursal, mostra-se necessário que o agravante combata os fundamentos utilizados para denegar a revista, em satisfação ao requisito de admissibilidade inscrito no art. 514, II, do CPC. Na eventualidade de o recorrente não impugnar os fundamentos da decisão recorrida, conforme proposta, acaba por atrair a incidência da Súmula nº 422 do TST¹¹. Assim sendo o AI deve ser voltado ao desacerto dos fundamentos do despacho denegatório.

Todavia, nos casos em que se afirma inexistir a violação apontada ou não se verificar em sua literalidade, não sobraria à parte alternativa além de resgatar os termos em que trabalhado o mérito recursal, com o desenvolvimento do apelo em torno das referidas violações. Não poderia mesmo ser diferente, uma vez que as razões do agravo não podem estar divorciadas da motivação do recurso de revista.

Nesse sentido, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho aceita que o agravante reitere as razões do RR, com a transcrição literal

¹¹ **SÚMULA Nº 422/TST.** RECURSO. APELO QUE NÃO ATACA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. NÃO CONHECIMENTO. ART. 514, II, do CPC (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 90 da SBDI-2) - Res. 137/2005, DJ 22, 23 e 24.08.2005 Não se conhece de recurso para o TST, pela ausência do requisito de admissibilidade inscrito no art. 514, II, do CPC, quando as razões do recorrente não impugnam os fundamentos da decisão recorrida, nos termos em que fora proposta. (ex-OJ nº 90 da SBDI-2 - inserida em 27.05.2002) In: <http://www.tst.jus.br/sumulas> Acessado em: 18 nov. 2013

do texto, não constituindo apelo desfundamentado. Com efeito, pode-se trazer como referência o julgamento do E-ED-AIRR-119740-42.2008.5.03.0137, em que os Ministros deram provimento aos Embargos para, afastando o óbice da Súmula nº 422 do TST, determinar o retorno dos autos à Turma/TST. Confira-se a ementa do julgado:

RECURSO DE EMBARGOS. AGRAVO DESFUNDAMENTADO. NÃO CONHECIMENTO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 422 DO TST. IMPUGNAÇÃO A FUNDAMENTOS DO DESPACHO. A c. SDI vem entendendo que a Súmula 422 do c. TST, em regra, não pode ser reconhecida como contrariada, mas que mesmo diante da mera transcrição literal do recurso de revista, não há impedimento para que se tenha como impugnado o despacho agravado, bastando que da leitura do apelo se verifique que a parte está se insurgindo contra o despacho agravado. No presente caso, a c. Turma entendeu que o agravo está desfundamentado, mas realça que houve insurgimento da parte contra o despacho. Se a parte invoca violação dos dispositivos legais, pretendendo a reforma do r. despacho de admissibilidade que, por sua vez, sustentou a ausência de violação dos dispositivos invocados, resta cumprido o requisito extrínseco a possibilitar o exame de suas razões de agravo de instrumento, eis que constatada a impugnação da decisão recorrida, nos termos do art. 514, II, do CPC. (E-ED-AIRR-13940-40-2005-5-04-0351 - Redator Ministro Lelio Bentes Corrêa). Recurso de embargos conhecido e provido. (E-ED-AIRR - 119740-42.2008.5.03.0137 , Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 05/05/2011, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 13/05/2011)

Como se vê, a jurisprudência aponta toda uma abordagem direcionada à superposição dos juízos de admissibilidade e de mérito. Insta observar que a redação do art. 896 da CLT associa o cabimento recursal à violação legal sem fazer uso de nenhuma expressão que vincule a ideia de mera ocorrência hipotética, a exemplo dos termos alegação, arguição e de outros congêneres. A despeito disso, a doutrina afirma não ser este motivo que justifique o proceder do Tribunal, apontando ainda que a leitura indevida em questão apresenta potencial para gerar inúmeros problemas processuais às partes.

1.4.2. Do distanciamento entre o Juízo de Admissibilidade e o de Mérito

Quanto ao distanciamento entre os juízos de conhecimento e de mérito, podemos citar a possibilidade de o TST não estar obrigado a se posicionar entre a tese salvaguardada pelo

TRT ou aquela vinculada no recurso de revista, podendo adotar uma terceira. Nesse sentido, o jurista Victor Russomano Júnior assim interpreta a Súmula nº 457 do STF¹², *verbis*:

[...] o TST, analisando meritoriamente o RR, não está compelido a optar, necessariamente, pela tese do acórdão regional ou por aquela propugnada no RR.

Caso, por exemplo, o RR tenha tido o conhecimento decretado porque demonstradas duas teses conflitantes constantes da decisão regional (X) e dos arestos paradigmas do RR (Y), o TST aplicará o direito à espécie, não estando obrigado a se posicionar, exclusivamente, pela tese (X) ou (Y). (RUSSOMANO JÚNIOR, 2011, p.19)

O detalhe a ser observado é que o direcionamento a uma terceira tese, diversa da (X) ou (Y), apenas seria possível após o juízo de admissibilidade, ou seja, o prequestionamento se dirigiria apenas a tese sustentada pelo recorrente. De tal forma que o tratamento específico exigido às matérias postas para a revisão pelo TST estaria restrito a fase de conhecimento, que uma vez ultrapassada, permitiria ao julgador adotar a tese que entender adequado mesmo que não tenha sido objeto de tratamento específico, ao não constar, por exemplo, prequestionada.

O cerne da questão consiste no comando sumular de “rejulgar a causa, aplicando o direito à espécie”. Nesse sentido, Bueno (2005) apresentou artigo em que explora, sob a perspectiva dos pronunciamentos do STF no paradigmático RE 298.695/SP, a adaptação do modo de decidir daquela Corte Suprema às suas funções institucionais, em especial a necessidade de ao conhecer do recurso julgar a causa, em atuação diferenciada de outros tribunais constitucionais noticiados no direito comparado¹³.

À vista dessa característica tradicional da alta Corte Judiciária, o jurista destaca que um dos motivos de ter chamado a atenção ao estudo do acórdão é ressaltado pelo voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que se mostra “grandemente consciente dos fins e das consequências a que a adoção da correta distinção entre ‘juízo de admissibilidade’ e ‘juízo de mérito’ conduz ou, quando menos, pode conduzir” (BUENO, 2005, p.67). E acrescenta: “Não

¹² **SÚMULA Nº 457/STF.** O Tribunal Superior do Tribunal, conhecendo da revista, julgara a causa, aplicando o direito a espécie. In: <http://www.tst.jus.br/sumulas>. Acessado em: 24 nov. 2013.

¹³ É o que se extrai do pedido de adiamento apresentado pelo Ministro Sepúlveda Pertence: “Confesso – também estou com S. Exa. – que a finalidade institucional do recurso não é, primariamente, a de fazer justiça no caso concreto. Mas, ao contrário do que ocorre, por exemplo na cassação italiana, no RE se julga a causa. Todo o problema está em saber a extensão do julgamento. Essa máxima de que, o RE pela letra “a”, conhecido há de ser provido, eu sempre a recebi *cum grano salis* até pela fonte histórica da jurisprudência do Tribunal, que foi uma dessas tantas jurisprudências em legítima defesa: em priscas eras, conhecido o recurso extraordinário, cabia embargos infringentes. Daí, essa fórmula de que, se não houvesse violação — o que, a rigor, é o mérito do recurso extraordinário pela letra “a” —, e dele não se conhecia”. (STF, Pleno, **RE 298.695**, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.m.v 6.8.03, DJ 11/04/2003)

se trata, pois, de mero apuro técnico, não se trata só de valer-se da técnica correta pelo gosto da própria técnica” (BUENO, 2005, p.67).

A ideia em torno da qual se trabalha é a de que, em sede de admissibilidade, bastaria a arguição de afronta aos dispositivos constitucionais prequestionados no acórdão. O mérito, por sua vez, abriria espaço à superação dos meandros processuais envolvidos no conhecimento do recurso, focando no que realmente interessa, qual seja, encontrar resposta a respeito da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e o texto constitucional, mesmo que sob fundamento diverso daquele em que se hajam baseado o Juízo *a quo* e as razões recursais.

Essa mesma perspectiva de análise em torno do RE que serviu de ensejo ao artigo elaborado por Scarpinela (2005) pode ser transportada ao precedente que corroborou para a edição da Súmula nº 457 do STF, o RE 51.312. Trata-se de inquérito judicial instaurado por Banco contra funcionário, tendo sido julgado procedente em 1ª instância, com manutenção pelo TRT da 2ª Região. Interposto recurso de revista pelo empregado, a 2ª Turma do TST deu-lhe provimento, aduzindo que as faltas apontadas não eram atuais, mandando readmiti-lo.

Exauridas as instâncias trabalhistas, o Banco interpôs recurso extraordinário alegando que não poderia ter sido reformado o julgado por falta do prequestionamento do problema da atualidade das faltas, fundamento invocado pelo Tribunal Superior do Trabalho. Alegou ainda o Banco que o TST, para prover em parte a revista, acabou por considerar as provas, o que é proibido em instância extraordinária. Ao prover o recurso obreiro nestes termos, estariam sendo violada toda a peculiar sistemática do apelo de cunho excepcional.

Todavia, ressaltou o Min. Relator Victor Nunes Leal que essa circunstância já havia sido registrada de maneira explícita na própria inicial do inquérito, constando o fato de que, por causa dela, foi o empregado removido de cargo de confiança exercido em agência do interior para a capital do Estado, retornando à função efetiva de escriturário. Apesar de, na revista obreira, haver seu resgate sob a ótica do *bis in idem*, o TST se prendeu a circunstância de as faltas já serem antigas para chegar à conclusão de que a demissão teria sido indevida.

O que resta revelado é que, em questão meritória, quando há o compromisso de que o órgão julgante “aplique o direito à espécie”, insuficiente o contato apenas do que foi concretamente decidido com o que foi impugnado. De tal forma que atue o julgador, em especial nos casos em que se assente em fatos incontroversos, “pouco importando os detalhes de argumentação de parte a parte; se o específico fundamento do acórdão recorrido é este ou aquele; se as razões recursais trataram do fundamento tal ou qual” (BUENO, 2005, p.14).

1.5 A propalada crise do Judiciário e a jurisprudência defensiva

Como visto, no capítulo anterior, a atuação do juízo de admissibilidade dos recursos, ainda que de cunho extraordinário, volta-se a evitar o dispêndio de esforços desnecessários com apelo que não se mostra em condições de vingar por falta de requisito essencial. Nesse tocante, observa-se que essa finalidade é a única legítima para a atuação desse juízo, a qual apenas se atinge quando se trabalha com critérios razoáveis de exame preliminar de mérito. Todavia, esse juízo vem se mostrando objeto de distorções preocupantes.

Acontece que em um contexto de propalada crise do Judiciário, com o aumento do volume de processos e congestionamento das vias judiciais, acaba sendo adotada uma exigibilidade de eficiência cega. É como se os problemas enfrentados pudessem ser resolvidos a partir de uma análise meramente quantitativa da atividade do Judiciário, em especial daquela promovida pelos Tribunais Superiores. Por possuírem maior visibilidade, são alvo das críticas mais contundentes e sobre eles é maior a pressão por respostas.

É de se notar a proliferação de reiterados precedentes indicativos de uma forma de decidir que representa postura defensiva ante o excessivo número de demandas judiciais. Nota-se que esse viés protetivo vem associado a um discurso alarmista de que imprescindível sua adoção sob pena de que se chegue ao ponto da impraticabilidade do exercício de sua jurisdição. Somente uma resposta é apresentada como solução: esquivar-se das demandas jurídicas que representarem o excesso, viabilizando o funcionamento do Tribunal.

O TST, que nos interessa especificamente, não deixa de ser diferente, na medida em que se rende ao que vem sendo chamado de *jurisprudência defensiva*. A utilização desse termo transmite a ideia de que os processos seriam adversários a que os Tribunais teriam que se defender e, para tanto, fazem uso do juízo de admissibilidade como uma barreira. De sorte que se o estreitamento das vias de processamento recursal parte da atribuição de finalidade distorcida ao juízo negativo de admissibilidade.

Autoriza-se assim que restrições ilegítimas sejam impostas aos jurisdicionados, como conseqüência de uma leitura elastecida dos requisitos processuais a serem satisfeitos com vistas ao regular processamento do feito. Esses acabam por ganhar uma dimensão não autorizada que se prende a todos os rigores formais. O objetivo é negar o acesso à instância extraordinária. Para tanto, valem-se de uma leitura restritiva da lei que não se mostra legítima e que vulnera direitos fundamentais como a ampla defesa e o devido processo legal.

Por essa forma, pode-se dizer que os Tribunais optaram por abrir mão de dirimir as controvérsias que lhes tenham sido oferecidas à análise, ao decidirem não decidir e ao institucionalizarem essa negativa de prestação jurisdicional. Trata-se de uma opção política, em fazer frente a uma crescente demanda recursal em que se resolve o processo sem nem mesmo tangenciar o direito informado.

O problema é que os Tribunais Superiores, a exemplo do TST, estão imbuídos de uma missão institucional da qual não podem livremente dispor, que é o que fazem, ao perseguirem a concessão do princípio da eficiência e da celeridade simplesmente, isentando-se de decidir. Com efeito, se é problemático para o litigante receber o direito invocado em prazo desarrazoado, não é muito melhor que ter seu processo frustrado por um formalismo levado ao extremo. Nesse caso, o acesso à Justiça resta obstado de forma flagrante.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O EFEITO DEVOLUTIVO

Neste segundo capítulo, resgatam-se as lições da teoria geral dos recursos quanto ao efeito devolutivo. Insta observar que a referida construção teórica adotada como padrão a devolutividade da apelação, a qual tem por correlato o recurso ordinário no processo trabalhista. Isso porque, em tais recursos, o efeito devolutivo se verifica da maneira mais ampla, permitindo explorar seus múltiplos desdobramentos e, por conseguinte, servindo de parâmetro para os demais recursos do ordenamento processual.

Bem se percebe que todos os demais institutos vigentes em âmbito recursal acabam por ganhar contornos que se adaptam a essa maior amplitude, nessa situação encontram-se o regime de preclusões, o trato das matérias de ordem pública e as técnicas de peticionamento. Com efeito, entendeu-se oportuno que tais exemplos ensejassem a abertura de seção à parte com o intuito de serem trabalhados de forma individualizada, por tornarem explícita a influência do efeito devolutivo na operacionalização dos recursos.

Com isso, patente a importância do presente capítulo ao identificar o contexto em que comumente se fala em recursos, inclusive brocados e máximas jurídicas, reproduzidos de maneira automática e sem maiores considerações, encerram lógica válida apenas à vista das instâncias ordinárias. Frise-se que a preocupação em deixar bem evidenciado esse aspecto

acaba culminando na apresentação de perfil diverso assumido pelos efeitos devolutivos em relação aos recursos extraordinários *lato sensu*.

Ponto alto do capítulo reside na apresentação deste contraste, em que a amplitude, com que antes se caracterizou a devolutividade, vai sofrendo recortes. A atenção do leitor deve focar nessas peculiaridades e nesse novo dimensionamento, tendo o capítulo anterior fornecido subsídios para uma melhor compreensão ao promover o cotejo entre apelos de cunho de ordinário e extraordinário. Deve-se levar ainda em consideração que sua capacidade de influir sobre outros institutos recursais continua vigente, mas com conteúdo diverso.

Encerra-se o capítulo conferindo destaque a recorte em especial, qual seja aquele que torna vedada a devolutividade quanto à apreciação de matéria fático-probatória pela jurisdição do TST. Nessa senda, explora-se o binômio questões-de-fato/questões-de-direito, bem como o permissivo ao reenquadramento jurídico da prova. Abordagem interessante de ser promovida ainda neste capítulo, porque permite a visualização da operacionalidade característica da instância extraordinária.

2.1 A devolutividade recursal

O efeito devolutivo constitui elemento impreterível, inerente a todos os recursos, haja vista que a função desses, enquanto meios de impugnação às decisões judiciais, consiste fundamentalmente em propiciar uma nova decisão por órgão do Poder Judiciário. Frise-se, por fundamental à argumentação que se segue, que de toda a discussão doutrinária travada em torno desse instituto, o único aspecto aqui relevante é a oportunidade de obter-se novo pronunciamento do Poder Judiciário sobre a questão impugnada.

Sob o viés etimológico, o verbo “devolver” se relaciona à ideia de restituir, fazer voltar ou ainda de resgatar algo que tenha ficado para trás ou que se encontre em lugar diverso. Com efeito, o Dicionário Michaelis: Moderno Dicionário da Língua Portuguesa faz constar a correspondência “Devolver (*lat devolvere*) *vtd* 1. Restituir ou entregar ao dono ou primeiro transmissor: *Devolveu tudo quanto recebeu. Devolveu a casa aos herdeiros.* 2. Mandar de volta; recambiar.[...]”. (MICHAELIS, 1998, p.712) Acontece que a expressão “efeito devolutivo” faz remissão a seu significado histórico.

Segundo Alves (2008, p.257-264) e Didier (2010, p.83), a origem da ideia de efeito devolutivo remonta ao direito romano, mais especificamente no contexto da prolação da *Lex de Imperio*, momento de forte concentração de atribuições na figura do imperador. Por ser impossível o exercício pessoal de todas elas, a atividade de julgar acabou sendo transferida aos pretores. E, enquanto atividade delegada, deveria ser exercida nos estreitos limites em que outorgada pelo governante, a quem poderia ser devolvida em caso de insurgência das partes.

Por não mais guardar pertinência com esse contexto, alguns doutrinadores, a exemplo de Alcides de Mendonça Lima, chegaram mesmo a sugerir a substituição da denominação que lhe é atribuída para “efeito de transferência”(LIMA, 1976, p.287-305, esp. p.290). Embora melhor reflita o conteúdo atual ao qual se vincula, por esbarrar em nomenclatura já consagrada, a proposta não vingou. Exatamente por não se tratar de uma conceituação intuitiva, necessário um movimento exploratório de seu alcance no sistema recursal da Justiça do Trabalho.

Nesse passo, insta esclarecer que o efeito devolutivo possui dupla dimensão, uma no plano horizontal, relativa à sua **extensão** e outra no plano vertical, concernente à **profundidade**. Ao que se observa, a terminologia utilizada pelos processualistas remete a uma imagem bidimensional. Tratam-se dos limites objetivos do efeito devolutivo.

Nesse sentido, para Moreira (2006, p.431) “delimitar a extensão do efeito devolutivo é precisar *o que* se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão *ad quem*; medir-lhe a profundidade é determinar *com que material* há de trabalhar o órgão *ad quem* para julgar”. Ou seja, em uma perspectiva rasa se encontra o elenco de pedidos formulados, enquanto em um segundo momento, os fundamentos que informam cada um desses pedidos. Com a observação de ambos serem elementos que compõem o mérito recursal.

Com efeito, tem-se por causa de pedir as razões fáticas e jurídicas que justificam o pedido (MARINONI, 2008, p.74). Constitui o efeito devolutivo em profundidade, em relação ao qual o próprio TST cuidou de editar a Súmula nº 393¹⁴, vinculando interpretação do §1º do art. 515 do CPC, segundo a qual devem ser devolvidos os fundamentos da inicial e da defesa,

¹⁴ **SÚMULA Nº 393 do TST. RECURSO ORDINÁRIO. EFEITO DEVOLUTIVO EM PROFUNDIDADE. ART. 515, § 1º, DO CPC.** O efeito devolutivo em profundidade do recurso ordinário, que se extrai do § 1º do art. 515 do CPC, transfere ao Tribunal a apreciação dos fundamentos da inicial ou da defesa, não examinados pela sentença, ainda que não renovados em contrarrazões. Não se aplica, todavia, ao caso de pedido não apreciado na sentença, salvo a hipótese contida no § 3º do art. 515 do CPC. *In*: <http://www.tst.jus.br/sumulas> Acessado em: 27 out. 2013.

independentemente da atividade das partes. Bem se percebe, nesse particular, que a devolutividade revela-se amplíssima e automática.

Essa orientação encontra-se diretamente relacionada ao brocardo do *Da mihi factum, dabo tibi jus*. Isso porque ao magistrado é possibilitada, partindo do mesmo conjunto de elementos fático-probatórios, a adoção da razão de decidir que melhor lhe pareça, mesmo que desvinculadas das causas de pedir e das causas de defesa. Em sendo assim não haveria razão para que fosse restringida a fundamentação levada aos autos, que inclusive encontra-se salvaguardada pela garantia das partes em contradizer o objeto do litígio.

Nesse sentido, a profundidade do efeito devolutivo se espraia por todas as questões discutidas e suscitadas no processo. Assim sendo, na hipótese de o autor deduzir vários fundamentos para ensejar o provimento de um determinado pedido ainda na exordial, se o julgado de piso se embasar em apenas um deles para acolher o pedido, pode o Tribunal promover o exame dos demais fundamentos. A ampla atividade cognitiva sob essa ótica encontraria extremos tão somente nos capítulos do julgado.

Por sua vez a extensão do recurso é determinada pela parte recorrente, que promove o recorte dos capítulos da sentença em que haja sucumbência e que lhe interesse seja reformado. Nesse tocante, incide a máxima do *tantum devolutum quantum appellatum*, de cujo conteúdo se extrai que a extensão do recurso sempre fica dependendo da disposição de vontade do recorrente. Trata-se do chamado ônus de pedir inscrito no art. 515 do CPC.

A devolutividade sob a ótica da extensão pode ser identificada como consectário do princípio dispositivo ou da demanda¹⁵, o mesmo que prende a prestação jurisdicional aos termos em que proposta a petição de ingresso. Na seara recursal, deve ser lido como “se devolve a matéria que se impugna”. Ou seja, a iniciativa da própria parte que demarca os

¹⁵ No que tange à importância do princípio dispositivo em âmbito recursal, Eduardo Arruda Alvim registra que: “É importante sublinhar na temática dos recursos a presença do princípio dispositivo, talvez o mais importante do processo civil contemporâneo, ainda que tenha sofrido uma ou outra leve atenuação. Conquanto não se possa dizer seja um princípio fundamental dos recursos, no sentido de ficar confinado estritamente à sede recursal, existe e define vários aspectos dos recursos. Por isso deve ser tratado, também, como princípio que interfere no estudo dos recursos” (ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 705). Em sentido convergente são as palavras de José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier, quando registram que: “Entendendo-se que o direito de recorrer é prolongamento do direito de ação, como consequência lógica deverão ser aplicados os princípios que lhe são próprios, mutatis mutandis. Se, em regra, o juiz somente presta a tutela jurisdicional mediante provocação das partes (CPC, art. 2º), e se a prestação jurisdicional encontrará limites no pedido formulado pelo autor (CPC, arts. 128 e 460), assim também o recurso interposto devolve ao órgão julgador *ad quem* apenas o conhecimento da matéria que tiver sido objeto do recurso”. (MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e Ações Autônomas de Impugnação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 (Processo Civil Moderno, v. 2, p.102).

limites dentro dos quais o juízo destinatário do recurso pode decidir. Desse modo, acaba o Tribunal limitado à consideração do que lhe foi submetido.

2.2. Princípio da eventualidade e *causa petendi*

Na continuação do percurso argumentativo que ora se desenvolve, mostra-se relevante a apresentação do princípio da eventualidade, correlacionado ao conteúdo vinculado nos capítulos da sentença, ao permitirem uma margem de manobra das partes frente aos rumos imprimidos ao decisório. Nesse sentido, são determinantes para a demarcação do âmbito de discussão a ser visitada e revisitada naquele processo, em outras palavras, encontram-se estreitamente relacionados ao conteúdo objeto da incidência revisional.

Diretriz importante da melhor técnica de manifestação no processo, o princípio da eventualidade ou da cumulação continente orienta que as partes apresentem desde o oferecimento das peças primevas, petição inicial e contestação, todo o arsenal de ataque e de defesa que tenham para apresentar, ainda que contraditórios em si. Atuação nesses termos seria antes um ônus dos litigantes e, não uma obrigação, de tal forma que a sua inobservância não desencadeia nenhuma sanção, militando apenas em desvantagem à parte.

Com efeito, preceitua o art. 474 do Código de Processo Civil que, a despeito de o litigante tê-lo feito efetivamente, são reputadas como deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido, consagrando, verdadeiramente, o princípio em comento. A partir dessa consideração, é possível afirmar que o julgado abarca não só o deduzido, mas também o deduzível, inclusive para fins de coisa julgada e de litispendência.

Trata-se de perquirir as repercussões de eventual superação ou acolhida do pleito principal e desmembrar a demanda autoral ou a matéria de defesa em diversos argumentos, gerando com isso maiores oportunidades para a obtenção de sucesso. Pleitos esses que devem se articular entre si, repondo em discussão determinado pedido. Há que se observar que a prestação jurisdicional a ser alcançada com a tutela estatal passa a ser fruto do debate mais completo e que milita pela efetividade do contraditório e da ampla defesa.

“[...] interessa esclarecer que o princípio da eventualidade não é importante apenas para determinar o conteúdo da lide, fixar os fatos constitutivos, impor limites à modificação da demanda e preclusão de fases para uma maior celeridade do procedimento. A regra da eventualidade é fundamental, sobretudo, porque demarca o espaço discursivo do processo e possibilita estacionar a reflexão para o exercício efetivo do contraditório e da ampla defesa sem surpresas, ou seja, sem uma *res judicata* dissociada da causa petendi e da *causa exiendi*.”. (ALMEIDA, 2011, p.4)

Segundo lição de Teixeira (2005, p.49), o princípio da eventualidade mostra-se de importância primordial ao atuar na estabilização do processo, na medida em que concentra em um ato único o momento de fixação de seus elementos objetivos. Com a propositura da demanda, define-se o pedido, a causa de pedir e a matéria de defesa correlata. Todavia, este princípio não está circunscrito à fase postulatória, uma vez que continua tendo seu sentido imediato ao orientar a forma de proceder da instância recursal.

Em assim sendo, liga-se de forma marcante ao funcionamento do efeito devolutivo. Com o intuito de deixar mais claro o que se expõe, toma-se como exemplo ação em que haja pedido assentado em duplo fundamento, especificamente duas causas de pedir com conteúdo autônomo. A sentença prolatada, em relação a elas, pode se limitar à análise e ao acolhimento de apenas uma. Com efeito, nesse caso, não haveria dúvidas de que esteja corretamente fundamentada a decisão.

Na hipótese acima trabalhada, a base motivacional da conclusão da sentença se prendeu a um dos fundamentos, furtando-se à análise do outro. A despeito disso, acaso a parte sucumbente impugne o pedido a que se conferiu provimento, fazendo-o subir à instância recursal, são carregados ambos os fundamentos. Frise-se que a referida devolução é automática e profunda. Desse modo, pode o órgão revisor afastar o primeiro fundamento, mas manter a decisão de piso, com base no segundo fundamento.

E mais, para que o Tribunal reforme a sentença, a *causa petendi*, no que ao vincular matéria de ataque e de defesa, é expressão do objeto litigioso oferecido à prestação jurisdicional, tem posta à sua frente a exata composição que dispunha o juiz de 1º grau para emitir pronunciamento.

Com isto se quer demonstrar que a exigência de cumulação em um único ato de todas as alegações que se queira vincular ao processo conduz à constituição de uma reserva de material a ser trabalhado em suas fases posteriores. E com base no efeito de arrastamento proporcionado pela devolutividade recursal, ocorre a transferência de todas as alegações,

mesmo o pedido vinculado concorrentemente que, em um primeiro momento, desprezado, ressurgiu para sustentar o pedido em questão.

2.2.1. A facultatividade das contrarrazões

Das definições promovidas no tópico anterior, recorte-se a parte em que é feita referência à dispensa da renovação da defesa pelo recorrido em contrarrazões recursais. Isso porque nos permite resgatar lição importante da teoria geral dos recursos, qual seja, a facultatividade das contrarrazões. Bem se percebe que esta é a premissa para a noção de devolutividade inscrita na denominação do princípio.

Na perspectiva processual, a situação originária se constitui junto ao Juiz de Piso, em sede de primeira instância, quando se consolidam os elementos probatórios, os pedidos e a matéria de defesa. Assim sendo, o Juízo Recursal se volta à revisão (olhar novamente) do (para o) material constante dos autos, com a mesma constituição em que foram objeto da análise primeva, não havendo a possibilidade de inovar.

O retorno do processo ao Judiciário para que este o submeta a uma nova análise, não prescinde da dimensão dialética em que foi constituído. O ataque e o contra-ataque se tornam inseparáveis ao estabelecerem a tensão responsável por formar a lide. Nesse passo, as contrarrazões ao recurso ordinário constituem-se peça facultativa, podendo o recorrido abster-se de se manifestar sobre o recurso interposto.

Ademais, se é interesse da outra parte recorrer, diante de sentença proferida que lhe foi desfavorável, não teria sentido o vencedor ser obrigado a se defender novamente. Por isso é que se pode dizer que esse resgate é automático, não sendo necessário sequer uma outra peça para ser vinculado, o que cria a obrigação de o órgão colegiado revisor fazer a remissão às petições de 1ª instância (exordial, contestação e réplica).

2.2.2. As matérias de ordem pública e o princípio inquisitivo

Acontece que há matérias, relacionadas ao interesse protegido do Estado e da sociedade, que podem ser conhecidas em âmbito recursal ainda que ausente manifestação

expressa das partes ou mesmo registro em sede da decisão recorrida. É o que ocorre com as chamadas matérias de ordem pública, que são exceção ao que se expôs sobre a superveniência do fenômeno preclusivo e das restrições impostas pelo princípio dispositivo.

Nesse ponto, cabe que se detenha no resgate, ao menos em linhas gerais, do que sejam matérias de ordem pública. Ferreira registra que “*são questões de ordem pública aquelas em que o interesse protegido é do Estado e da sociedade e, via de regra, referem-se à existência e admissibilidade da ação e do processo*” (2002, p.1). Em razão da relevância que apresentam para a higidez do processo, relacionam-se com o sistema de nulidades processuais.

É a ideia de economicidade que encerra o tratamento de matérias desta ordem, na medida em que desarrazoado prolongar processo que sabidamente ostenta vício e que resultará em julgado nulo e como tal passível de rescisão. Em sendo assim, não haveria justo motivo para se levantar óbice à extinção do processo antes que esse chegue ao fim. A tutela dos recursos escassos do Judiciário, em especial o tempo, é interesse de toda a sociedade e assim deve orientar o regime processual aplicável¹⁶.

Ante a referida consideração, insta observar que, quanto às matérias de ordem pública, deve ocorrer decretação de ofício e a qualquer tempo pelo órgão julgador. No que diz respeito à atuação suscitada pelas partes, pereniza-se o interesse de agir ao longo da marcha processual, por não ocorrer preclusão para qualquer delas. Tudo isso por força dos arts. 267, §3º e 301, §4º do CPC, aplicáveis, de forma subsidiária, ao processo trabalhista.

Alguns sustentam que a tutela recursal das matérias de ordem pública, dado as peculiaridades apresentadas, seria merecedora mesmo de um efeito a parte, sob a rubrica de efeito translativo. Essa classificação se baseia na cisão entre, de um lado, as matérias

¹⁶ “Nesses casos, o próprio Estado tem interesse de que sejam respeitadas as regras que disciplinam o modo pelo qual o processo se desenvolve. Não interessa ao juiz, como representante do Estado, que o processo não se desenvolva regularmente e não possa chegar ao fim colimado, que é justamente o julgamento de mérito.¹² Por isso, está o julgador autorizado a conhecer dessas matérias de ofício, observando sempre o contraditório legitimador de seu provimento.¹³ A cognição *ex officio* dessas matérias é garantia de boa administração da justiça, sendo que (I) a falta de alegação do réu na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, provoca sua responsabilidade patrimonial pelo retardamento, e (II) eventual inércia do magistrado o torna responsável pelo mau desempenho do cargo em decorrência de grave omissão.¹⁴” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos, **Recurso Especial: Ordem Pública e Prequestionamento**, p.8, Link: Acessado em 5 dez. 2013 [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Paulo%20Henrique%20dos%20Santos%20Lucon\(2\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Paulo%20Henrique%20dos%20Santos%20Lucon(2)%20-formatado.pdf))

conhecidas independentemente da manifestação de vontade do recorrente e, por outro, tudo o mais que é transferido à apreciação do órgão julgador por conta do recurso interposto¹⁷.

As primeiras estariam relacionadas ao princípio inquisitório. Insta observar que este permite ao magistrado ir além do requerido pelas partes exatamente em razão de seu conteúdo vincular o julgador ao poder-dever de atuação diretamente no processo, sempre em busca do resguardo da efetiva prestação jurisdicional. Consubstancia-se, à vista do exposto, em procedimento onde o magistrado tem poderes de iniciativa oficial, atuação esta autorizada em íntima harmonia com o atual movimento de publicização do processo.

Sua identificação enquanto efeito autônomo em relação ao efeito devolutivo é objeto de forte dissenso doutrinário e jurisprudencial, prevalecendo orientação por reconhecer que a chamada translatividade do recurso não passaria de aplicação do efeito devolutivo em profundidade. Aduzem, para tanto, o fato de a apreciação das matérias de ordem pública, mesmo em sua apreciação de ofício, apenas ser possível como decorrência direta da interposição de recurso adequado.

Situação peculiar e que merece considerações à parte, é aquela em que se encontra a prescrição na Justiça do Trabalho. Com efeito, o TST pacificou o entendimento de que incompatível a declaração *ex officio* da prescrição com os princípios do Direito do Trabalho. Em sendo assim, inaplicável o disposto no § 5º do art. 219 do CPC, resultado de alteração legislativa que autoriza, de maneira irrestrita, a aplicação do cutelo prescricional por iniciativa do magistrado na seara cível.

Nesse tocante, a natureza privilegiada do crédito trabalhista e o princípio protetivo militam como fatores justificadores da pronúncia, de ofício, da prejudicial de mérito em questão. Com efeito, o principal prejudicado com o pronunciamento da prescrição é o empregado, em regra proponente da ação trabalhista, de tal forma que a finalidade é impedir atuação judicial em desfavor dos direitos sociais laborativos. Sobressai, assim, o disposto na ordem justralhista nos arts. 8º e 769 da CLT.

2.3 A incidência da preclusão e suas repercussões

¹⁷ Enquanto o efeito devolutivo é projeção do princípio do dispositivo, o efeito translativo é projeção do princípio inquisitório¹⁵⁴ e ocorre quando a legislação processual permite que o Tribunal *ad quem* possa julgar fora do que consta nas razões ou contra-razões do recurso, de tal modo, que não caracteriza julgamento extra, ultra ou infra petita.¹⁵⁵ (ORIONE NETO, Luiz. **Recursos cíveis**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 138.)

Interessante a definição de capítulo de sentença proporcionada por Guimarães, com esteio na doutrina de Betti, segundo o qual, trata-se de “decisão de questão (de interesse prático) apta a adquirir eficácia de coisa julgada ou de preclusão” (1969). Mereceu destaque e transcrição, porque encerra a percepção de que a superveniência de qualquer dos institutos mencionados constitui fator impeditivo ou obstativo à análise plena da extensão do recurso em toda sua amplitude, matéria a ser trabalhada a seguir.

Como visto, o efeito devolutivo no que concerne à extensão, relaciona-se ao efetivamente decidido, de modo que só pode ser impugnado aquilo que for julgado na sentença. Assim, em relação aos pedidos não apreciados, opera-se a preclusão, definida como a perda da faculdade de praticar ato processual. Com efeito, a lei confere o direito ao exercício de diversos atos processuais à parte, com a ressalva de que devem ser praticados no momento oportuno, sob pena de sofrerem as consequências legalmente previstas pela inação.

O fenômeno preclusivo, na seara recursal, faz com que a matéria posta em questão não possa mais ser revisitada nos autos pelas partes ou ainda pela própria esfera judiciária como um todo, abrangendo instância *a quo* e *ad quem*. Tem-se, assim, por representada a preclusão em todos os seus aspectos. E, bem se percebe, trata-se de instituto que se entremeia com o efeito devolutivo, haja vista que por intermédio deste resta autorizado o reexame da matéria litigiosa pelo órgão jurisdicional *ad quem*, eventualmente obstado pela preclusão.

Se imprescindível a existência de recurso em que não haja a possibilidade de rediscussão seja no todo ou em parte, ocorre de algumas matérias poderem ser perdidas em função de uma atuação deficiente dos litigantes. Com efeito, quando a legislação pertinente confere à parte o direito de praticar determinado ato, ela pode realizá-lo ou não, gozando assim de uma faculdade. Em sendo assim, não há o dever de realizar qualquer ato processual, mas aquele que permanece inativo sofre as consequências de sua omissão.

Entre muitos exemplos, o caso que nos interessa especificamente consiste naquelas situações em que o juiz sentenciante não se pronuncia sobre pedido, apesar de a matéria ter sido invocada na exordial ou mesmo como matéria de defesa. Omissão esta em face da qual a parte interessada não procura saná-la, vinculando o pleito por meio do recurso à instância recursal imediata, cujo órgão revisor fica impedido de emitir pronunciamento. Incumbia o manejo da via integrativa com a oposição dos embargos declaratórios pertinentes.

A ausência de manifestação do juízo *a quo*, sem que tenha sido provocado a corrigir-se, faz com que pereça a oportunidade de debater a matéria junto à instância recursal, operando-se, por conseguinte, o fenômeno preclusivo¹⁸. Esse tipo de situação é recorrente quanto aos requerimentos subsidiários, quando é julgado improcedente o pleito principal, deixando passar sem apreciação aqueles oferecidos subsidiariamente a serem analisados na eventualidade de não acolhido o primeiro.

Observe-se que o artigo 515 do Diploma Processual Civil não autoriza leitura diversa daquela que coloca, como premissa à devolutividade recursal, que a matéria impugnada tenha sido apreciada pela decisão de piso, apenas oportunizando a revisão do que foi expressamente decidido. A referida orientação encontra resguardo no Enunciado Sumular nº 393 do TST, que visa evitar que, na dimensão da extensão recursal, haja atuação em supressão de instância e em desrespeito ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Frise-se que o relatado até agora é feito em referência à extensão da devolutividade, haja vista que a preclusão no que concerne à profundidade opera-se de maneira em muito diversa. Nesse particular, Theodoro Jr (2000) registra a vigência de ordem de impedimento para a imediata superveniência do fenômeno preclusivo. Isso porque é da essência do sistema recursal o restabelecimento da discussão instaurada para fins de apreciação pelo órgão judicial hierarquicamente superior que, em sede de instância ordinária, perpassa pela abrangente revisão no que concerne à arguição de matérias jurídicas e fáticas.

2.4 O âmbito restrito da devolutividade dos recursos extraordinários *lato sensu*

São muitos os fatores que vão promover a restrição do âmbito de devolutividade dos recursos extraordinários *lato sensu*. A partir da dimensão amplíssima com que se apresenta

¹⁸ A respeito do tema, inúmeros precedentes registram jurisprudência nesse sentido, para fins ilustrativos segue exemplar: **EMENDA. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO DO RECURSO ORDINÁRIO. PEDIDO NÃO APRECIADO NA SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE DE MANIFESTAÇÃO PELA INSTÂNCIA REVISORA. PRECLUSÃO.** Nos termos do artigo 515 do Código de Processo Civil, o efeito devolutivo do recurso pressupõe que a matéria objeto de insurgência tenha sido expressamente apreciada na sentença, uma vez que não se pode devolver ao Tribunal aquilo que não foi decidido, sob pena de supressão de instância e desrespeito ao princípio do duplo grau de jurisdição. Preclusa, assim, a oportunidade para debater matéria não analisada pelo julgador de primeiro grau. Nesse sentido a Súmula nº393 do C.TST. (TRT 1ª Região, RO-0052100-44.2005.5.01.0020, Relator: Mery Bucker Caminha, 1ª Turma, DOERJ 01-02-2011)

nos recursos ordinários, conforme anteriormente exposto, serão exibidos os diversos recortes que lhe são imputados com vistas a revelar estreiteza característica.

O efeito devolutivo varia a depender do âmbito de cabimento do recurso, podendo manifestar-se com maior ou menor intensidade. Há casos em que, do julgado combatido, só pode ser objeto de apelo matéria apontada pela legislação de regência como justificadora da interposição do recurso, e não toda e qualquer matéria que pudesse ser invocada. Assim ocorre com os recursos de fundamentação vinculada, denominação esta que invoca característica dos recursos extraordinários *lato sensu*.

Nesse sentido, somente caberá recurso de revista nas hipóteses elencadas nos incisos do art. 896 da CLT, da mesma forma que as hipóteses de cabimento do recurso especial estão discriminadas no inciso III do art. 105 da CF e as do recurso extraordinário no inciso III do art. 102 também da CF. Em sendo assim, resta delimitado o pleito recursal à análise da insurgência que se traduzir basicamente em violação à legislação federal e/ou constitucional, tal como tipificado nos artigos em questão.

Diante da restrição do âmbito de cabimento recursal, tais recursos são chamados, de forma pertinente, de recursos de efeito devolutivo restrito. Patente esse recorte no âmbito da devolutividade, na medida em que se percebe que a cognição do juízo excepcional é seletiva, em especial quando em contraste com os recursos de livre fundamentação como o recurso ordinário na Justiça Trabalhista e o recurso de apelação na Justiça Comum.

O efeito devolutivo também se manifesta de forma diferente em virtude da necessidade de satisfação do prequestionamento. Assim é que a matéria objeto de devolução deve ter sido decidida, como regra, pelo juízo *a quo*, encontrando-se consignada no acórdão recorrido. Esse pressuposto processual é responsável por importante recorte na devolução automática antes trabalhada no que tange à causa de pedir dos recursos ordinários.

Assim, não há a devolução daquelas matérias que deixarem de ser expressamente apreciadas pelo Juízo *a quo*, por existirem duas ou mais causas de pedir (ou mesmo fundamentos de defesa) e, acolhendo uma delas, tenham sido desconsideradas as demais. Ou seja, naquelas hipóteses em que o órgão judicante se limita ao exame apenas das alegações que sirvam de esteio para a acolhida ou rejeição das teses jurídicas vinculadas pelas partes, todas as demais matérias trabalhadas acabam por se perder.

Com relação à instância extraordinária, sofre limitação não apenas à extensão do efeito devolutivo do recurso, mas também a profundidade, que tida por amplíssima em âmbito

ordinário acaba por assumir contornos de devolutividade restrita. De forma tal que o material com que há de trabalhar o órgão *ad quem* em seu pronunciamento fica bastante limitado, uma vez que posta à exigência de prequestionamento para que a jurisdição possa existir, avançar em sua atuação e emitir um pronunciamento de mérito.

À vista de tais considerações, o instituto da preclusão passa a atuar também sobre a causa de pedir e não apenas sobre o pedido, como outrora ocorria no caso dos recursos ordinários. Nesse tocante, a lógica a ser adotada é similar, caso não haja a oposição de embargos de declaração com vistas a prequestionar as teses desconsideradas, mas que servirão de fundamento ao recurso excepcional, restam preclusas. Se anteriormente a devolutividade ampla tornava tais matérias inunes à preclusão, isso não mais acontece.

Observa-se que prequestionamento e preclusão são institutos diversos, embora, nesse contexto, matéria preclusa acabe por corresponder à matéria não prequestionada. Por um lado, tem-se a preclusão enquanto fato jurídico processual impeditivo, passível de ocorrer em qualquer instância; de outro, o prequestionamento, pressuposto processual de exigibilidade específica para o conhecimento de recursos em via extraordinária. Para fins de efeito devolutivo, ambos se sobrepõem restringindo-lhe a abrangência.

No tocante ainda à preclusão, há que se lembrar da existência de matérias que não sofrem, nas instâncias ordinárias, seu efeito, ou seja, podem ser conhecidas *ex officio* e a qualquer grau de jurisdição. São as já referidas matérias de ordem pública, em relação às quais, parte da doutrina atribui mesmo um efeito peculiar, o translativo. Verifica-se a translatividade nos recursos ordinários, sendo, todavia, inaplicável aos recursos de cunho extraordinário, especialmente em razão do peculiar regime jurídico a que submetidos.

Acontece que também as matérias de ordem pública encontram-se sujeitas à satisfação do prequestionamento. Com efeito, a necessidade de prequestionar vai de encontro ao efeito translativo, ao exigir a anterior “apreciação” da matéria pelas instâncias inferiores. À vista da referida exigência, fica obstado o tratamento especial a elas conferido, de modo que, apesar de se dizer que são passíveis de abordagem “em qualquer grau de jurisdição”, tal comando não alcança o juízo excepcional.

Inclusive, entre a jurisprudência consolidada do TST, encontra-se a Orientação Jurisprudencial nº 62 da SDI-1, cuja dicção aponta no sentido de que “é necessário o prequestionamento como pressuposto de admissibilidade em recurso de natureza extraordinária, ainda que se trate de incompetência absoluta”. Interessante essa referência à

incompetência absoluta por ser vício grave ensejador de nulidade, explicitando a ausência de concessões no tratamento da matéria pela Corte Trabalhista.

Em continuidade à abordagem dos elementos dos quais os órgãos julgadores se valem para fins de entrega da prestação jurisdicional suscitada, urge noticiar que, a exemplo do STF com a edição da Súmula nº 279 e do STJ com a Súmula nº 7, entre os enunciados editados pela Corte Trabalhista também figura a vedação ao revolvimento do conjunto fático-probatório em sede dos recursos extraordinários trabalhistas. Trata-se, como bem ressaltou Oliveira Filho (1954), da enunciação de um postulado da teoria desses recursos.

Assim vincula-se por intermédio da Súmula 126 ser “*incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, "b", da CLT) para reexame de fatos e provas*”. Com isso se quer dizer fundamentalmente que, da mesma forma que os apelos vinculados nos demais Tribunais Superiores, são recursos voltados à discussão jurídica, sendo-lhes, por conseguinte, vedado reanalisar o conteúdo dos meios probatórios produzidos nos autos¹⁹. Desse modo, resta traçada uma margem indicativa da viabilidade de revisão do julgado.

Diante dos diversos ângulos pelos quais se afirma estreito o efeito devolutivo, destaca-se a impossibilidade do trato de matérias fáticas, especialmente por ser grande o volume de recursos obstados sob o argumento de incidirem em reexame fático-probatório. Por essa razão, segue-se capítulo dedicado a explorar melhor seus desdobramentos, oportunidade em que serão feitas considerações em torno do binômio questões-de-fato/questões-de-direito, que serve de base para o permissivo ao reenquadramento jurídico da prova.

2.5 O reexame de fatos e provas: Súmula 126 do TST

É sabida a dificuldade em delimitar as fronteiras entre *quaestio iuris* e *quaestio facti*, o que evidencia o teor artificial da separação estanque entre essas duas categorias. Constatação esta que se sustenta nos estudos pós-modernos com abordagem linguística e discursiva do

¹⁹ “É pacífica a orientação dos tribunais superiores de não admitir recursos excepcionais para a simples revisão de prova, tendo em vista o seu caráter de controle da higidez do direito objetivo (enunciados 270 e 07 da jurisprudência predominante do STF e do STJ, respectivamente). Isso decorre de uma velha lição: não é possível a interposição de recurso excepcional para a revisão de matéria de fato. Não cabe recurso extraordinário com o objetivo de o tribunal superior reexaminar prova, tendo em vista que esse pleito não se encaixa em qualquer das hipóteses de cabimento desses recursos”. (DIDIER JUNIOR, Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 254)

tema, cuja reprodução em muito escapa aos objetivos deste trabalho. Por isso, registre-se apenas a desconstrução do paradigma positivista em que se assentava a leitura marcada por linhas divisórias rígidas entre o referido binômio.

Diante da constatação de que restam mitigadas as linhas entre fato e prova, insta observar que a doutrina e a jurisprudência mais atuais a esse respeito focam na predominância do aspecto fático ou jurídico²⁰. Até porque, como visto, o tratamento é diferenciado a depender do *status* conferido à matéria, lembrando que a Súmula 126/TST veda o reexame de fatos e provas na instância extraordinária.

Nesse contexto, distingue-se entre apreciação da prova e reenquadramento jurídico da prova. A primeira diz respeito “à pura operação mental de conta, peso e medida”, sendo o magistrado soberano para a livre apreciação do material probatório colhido²¹. De leitura conjunta à busca pela verdade material, o princípio do livre convencimento motivado informa sobre a liberdade que dispõe o julgador para rearranjar os elementos fático-probatórios conforme melhor lhe pareça, desde que o faça apresentando suas razões.

Com efeito, os Juízes Monocráticos dividem com os Tribunais Regionais a possibilidade do exame dos elementos probatórios dos autos, com destaque para o fato de o Órgão Colegiado ser o último momento em que se permite o livre trato com fatos e provas. Desse modo, pode-se afirmar que a consolidação das premissas fáticas é atributo de sua titularidade. Não cabe ao TST dizer onde, como, quando dos fatos contextuais ao litígio, devendo dirimir a controvérsia conforme o quadro fático delineado no acórdão regional.

“Tem-se, segundo ressalta diretamente do citado verbete sumular, que se configura a revisão fático-probatória, quando o RR:

- a) Objetiva negar fato afirmado pelo acórdão regional.
- b) Visa afirmar fato negado pela decisão regional.
- c) Versa fato sequer mencionado pelo acórdão regional.” (RUSSOMANO JÚNIOR, 2011, p.79)

²⁰ Todavia, importante a consideração promovida por RIGAUX no sentido de que “nem o juiz, nem qualquer outro profissional é predisposto a um intercâmbio entre o fato e o direito, concebidos ambos como entidades reificadas, a primeira com sua brutalidade de dado pré-jurídico, a segunda em sua reluzente pureza de norma. A prática contradiz semelhante divisão entre ‘o’ fato e ‘o’ direito, pois o primeiro elemento que tinham em comum, quando deixados a si mesmo, era a opacidade deles, enquanto postos um diante do outro, esclarecem-se mutuamente”. (RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.p.46.)

²¹ STRECK, Lênio. **Súmulas no Direito Brasileiro. Eficácia, Poder e Função. A legitimidade constitucional do efeito vinculante**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.185.

Dito isto, de se ressaltar ser diversa a situação em que se pleiteia a promoção de nova subsunção dos fatos, sendo aduzida para tanto sua errônea interpretação ou capitulação pelo Juízo *a quo*. Nessa hipótese, resta afastado o óbice contido na Súmula 126 do TST.

“Inexiste reanálise fático-probatória – não tendo incidência a S-126/TST – nos casos em que o RR:

- a) Articula com fato reconhecido e registrado no próprio acórdão regional e, pois, incontroverso nos autos;
- b) Efetua análise crítica dos fatos consignados na própria decisão regional, extraindo-se, destes últimos, subsunção jurídica diversa daquela constante da decisão impugnada.” (RUSSOMANO JÚNIOR, 2011, p.80)

Nesse passo, oportuno registrar que Costa (2008, p.207) questiona a existência de parâmetro seguro para se assentar a distinção entre questões-de-fato e questões-de-direito, haja vista sua fulcral importância para a admissibilidade do recurso. Trata-se de pergunta retórica em face da qual ele mesmo registra que a resposta é inacessível uma vez que “o comportamento do tribunal revela que muito mais importante do que um modelo teórico a seguir são os óbices da prática judiciária”.

E segue o autor afirmando que o conhecimento da prática se sobrepõe a erudição, nesta perspectiva, o que de certa forma confirma o valor que esta monografia dispensa ao trato com a jurisprudência. À vista de tais considerações, não se deterá por mais tempo em elucubrações teóricas em torno da vacilante fronteira traçada entre fato e direito. Ao invés disso, a seguir serão trabalhados alguns precedentes oriundos do Tribunal Superior do Trabalho que deixam patente a tendência pelo elastecimento do que sejam fatos.

2.5.1 Elastecimento do que sejam fatos

Nesse sentido, diante da artificialidade na distinção entre questão-de-fato e questão-de-direito e da cognição restritiva característica da instância extraordinária, pode-se cogitar que, na atual jurisprudência, a atribuição do *status* de “fato” apresenta-se como motivo fácil para rechaçar o conhecimento de recurso de revista. Assoberbado com o grande volume de demandas, o interesse do Judiciário é que os processos se encerrem rapidamente com o menor esforço possível.

Diante de cenário semelhante, não espanta que nos deparemos com um amontoado de decisões voltadas a elastecer ao limite o que seja entendido como fato. Não nos parece quiçá uma novidade externalizar essa constatação, mas não nos limitamos a isso. O desafio que se coloca é encontrar, nem que seja a partir de abordagem particularizada, diretrizes pragmáticas que confirmem habilidade àqueles que pretendam litigar perante o TST, à vista de política de contenção que chega a extremos.

Prima facie, a expressão “fatos e provas” atrai a associação com o material voltado à instrução do processo, como a juntada de documentos, a ata da audiência com a colheita do depoimento das partes e testemunhas, o laudo do perito técnico. Ou seja, seriam elementos “externos” ao processo, colhidos do mundo sensível para produzir uma convicção judicial ou ainda elementos objeto de um juízo de valor tendente à comprovação de afirmativas produzidas pelas partes.

Sob esta perspectiva, natural a incidência da S-126/TST, por exemplo, quanto a RR que pretenda afastar condenação por danos morais inscrita em julgado em que o TRT haja fixado quadro fático pela verificação de conduta negligente por parte da empresa no fornecimento e observância do uso regular de equipamentos de segurança. Inviável o pleito revisional pela exclusão do elemento culpa, tendo em vista que o alcance de conclusão diversa exigiria o revolvimento de matéria fático-probatória, vedado em âmbito de TST.

Todavia, o estudo dos recursos de revista denegados que ostentam como temática o instituto da prescrição é revelador de uma outra perspectiva. Nesse sentido, colhe-se do acervo jurisprudencial, o RR nº 77700-27.2002.5.04.0008, de relatoria do Ministro Ives Gandra Martins Filho, cuja lide gira em torno do pleito autoral pelo pagamento de diferenças salariais decorrentes de alteração no percentual das comissões e da matéria de defesa no sentido de que fulminada a demanda pela prescrição total.

Com efeito, sucumbente na instância ordinária, a parte reclamante interpôs a revista, aduzindo afronta à OJ 175 da SBDI-1 da mencionada Corte Superior. Todavia, o apelo não foi conhecido, por ter o D. Colegiado entendido que se faria necessário reexaminar a prova dos autos em busca de elemento fático essencial para o deslinde da controvérsia, qual seja, a data do ajuizamento da reclamatória trabalhista. E ainda fez a ressalva de que nem mesmo tinham sido opostos embargos de declaração instigando o referido registro.

DIFERENÇAS SALARIAIS - ALTERAÇÃO NO PERCENTUAL DAS COMISSÕES - PRESCRIÇÃO - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DE ELEMENTO FÁTICO ESSENCIAL - SÚMULAS 126 E 297, I, DO TST. 1. Não se conhece do recurso de revista quando se faz necessário reexaminar a prova dos autos em face de premissa fática não consignada pelo Regional (Súmulas 126 e 297, I, do TST). 2. -In casu-, discute-se a prescrição aplicável à ação que objetiva o pagamento de diferenças salariais decorrentes da redução do percentual pago a título de comissões. 3. A decisão recorrida, ao não adotar o entendimento contido na Orientação Jurisprudencial 175 da SBDI-1 desta Corte Superior, teria, em princípio, deslindado a controvérsia em desacordo com a jurisprudência pacífica e reiterada do TST, consubstanciada na mencionada orientação, segundo a qual a supressão das comissões, ou a alteração quanto à forma ou ao percentual, em prejuízo do empregado, é suscetível de operar a prescrição total da ação, nos termos da Súmula 294 do TST, em virtude de cuidar-se de parcela não assegurada por preceito de lei. 4. Todavia, a análise dos autos revela que o Regional não consignou elemento fático essencial para o deslinde da controvérsia, qual seja, a data do ajuizamento da reclamação trabalhista, nem foi instado a fazê-lo por meio de embargos de declaração. 5. Nesse contexto, somente pelo reexame do conjunto fático-probatório dos autos é que se poderia, em tese, modificar a decisão recorrida. Contudo, tal conduta não é permitida nesta Instância Extraordinária, incidindo sobre a espécie o óbice das Súmulas 126 e 297, I, desta Corte. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 777002720025040008 77700-27.2002.5.04.0008, Relator: Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 25/03/2009, 7ª Turma, Data de Publicação: 27/03/2009)

Outra matéria a que se confere tratamento interessante é preliminar de negativa de prestação jurisdicional arguida em face da sentença e que, tendo persistido o vício no acórdão regional, acaba por suscitar nova NPJ, agora em face do acórdão e vinculada em recurso de revista. Isso porque a análise dessa prefacial depende necessariamente do exame das peças de 1ª instância. Segue precedente que trabalha com essa hipótese:

PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO - NULIDADE DA SENTENÇA - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS ELEMENTOS FÁTICOS E ESSENCIAIS À ANÁLISE DA PRELIMINAR - SÚMULAS 126 E 297, I, DO TST. 1. Em sede de procedimento sumaríssimo, o recurso de revista somente tem trânsito garantido quando demonstrada a violação literal de dispositivo da Constituição Federal ou a contrariedade a súmula do TST, nos termos do art. 896, § 6º, da CLT. 2. No caso, o Regional entendeu que a sentença não se afigura omissa, pois o julgador do primeiro grau de jurisdição manifestou-se sobre todos os aspectos da controvérsia que eram essenciais ao deslinde da controvérsia, tendo entregue a devida prestação jurisdicional. Todavia, não constou no acórdão regional quais os pontos que a Reclamada suscitou nas razões de seu recurso ordinário como omissos ou contraditórios na sentença. 3. No recurso de revista, a Reclamada renova a preliminar de nulidade da sentença por negativa de prestação jurisdicional, mas a análise dessa prefacial depende necessariamente do exame dos argumentos lançados nas razões dos embargos de declaração opostos perante o primeiro grau de jurisdição e dos fundamentos adotados na sentença para afastar as omissões e contradições apontadas pela Reclamada. Tais aspectos da controvérsia deveriam estar transcritos ou referidos perfeitamente no acórdão recorrido, o que não ocorre no caso. 4. Assim, tendo em vista que o limite topográfico de exame dos autos pelo julgador em sede de recurso de revista é o recurso ordinário (em caso de invocação de nulidade do

julgado) e o acórdão regional, todos os elementos fáticos deveriam estar consignados nessa última peça processual. A ausência de registro desses elementos impossibilita o acolhimento do apelo, no particular, em face do óbice das Súmulas nos 126 e 297, I, do TST. Agravo de instrumento desprovido. (TST - AIRR: 488401920075040791 48840-19.2007.5.04.0791, Relator: Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 12/11/2008, 7ª Turma., Data de Publicação: DJ 14/11/2008.)

3. O PREQUESTIONAMENTO

No terceiro capítulo, uma vez superada a exposição dos temas acessórios, mas imprescindíveis ao trabalho desenvolvido, inicia-se abordagem mais direta da temática central da presente pesquisa, qual seja, a tutela jurisdicional efetiva e os embargos prequestionadores na Justiça do Trabalho. Trata-se de capítulo que se desdobra em duas seções, com o intuito de direcionar o foco para dois vértices relevante a ponto de comporem o título deste trabalho.

De primeira, serão promovidas considerações em torno do prequestionamento, conferindo destaque a dificuldade em sua conceituação, uma vez que a lei não se detém nos contornos deste instituto, nem mesmo prevê sua exigibilidade de maneira expressa. Desse modo, evidencia-se a necessidade de se estudar a jurisprudência em busca de parâmetros voltados a sua procedibilidade para fins de conhecimento do recurso de revista.

Nesse sentido, atenção especial merece a identificação do momento em que se tem por aperfeiçoado o instituto e a quem é atribuída a titularidade de sua satisfação, perfazendo-se ato da parte ou ato do órgão julgante. Com a ressalva de que a depender dessas escolhas, o prequestionamento ganha diferentes perfis, interferindo no desenrolar processual de forma diversa e exigindo tratamento específico dos sujeitos processuais.

Em um segundo momento, invoca-se a matriz constitucional das garantias processuais, o que ganha importância quando se lembra que o problema ensejador da pesquisa ora desenvolvida relaciona-se as dificuldades de acesso à jurisdição extraordinária. Logo, diante da exigência de satisfação do prequestionamento para que seja superado o juízo de conhecimento, a tutela jurisdicional efetiva perpassa por fornecer às partes expedientes processuais que forneçam condições de satisfazer o pressuposto recursal em comento.

É essa constatação que abre caminho para o desenvolvimento do capítulo 4, ao promover a ligação dos capítulos da monografia em torno dos embargos prequestionadores. Perceba-se que as especificidades técnicas trabalhadas predominantemente nos dois primeiros

capítulos ganham outro viés quando informadas pelos princípios constitucionais do acesso à Justiça, alcançado em sede de processo que se mostre instrumental e efetivo.

Com essas considerações, pretende-se justificar o fato de temas de relevância ímpar apenas serem trabalhados nessa oportunidade. Fundamental que o caminho já tivesse se iniciado de forma que o leitor, familiarizado com pontos antes levantados, tivesse condições de compreender a importância que prequestionamento tem na lógica operacional diferenciada das instâncias extraordinárias e da necessidade de espaço para sua consecução.

3.1 Considerações sobre o prequestionamento

A definição do que seja prequestionamento é um dos temas mais tormentosos na seara processual. A legislação pertinente se limita a prescrever sua exigência como requisito para o conhecimento dos recursos extraordinários, furtando-se a sua disciplina. Como consequência, inexistente uniformidade em seu tratamento, tanto que cada órgão do Judiciário lhe confere contornos peculiares, não sendo diferente quanto à doutrina nacional, que trava intensas discussões em torno do entendimento a respeito dessa matéria.

Oportuna a lição de Medina (2005) quando sintetiza as três principais correntes que se formaram em torno da configuração do prequestionamento. Há aquela que prega a necessidade tão somente de que a violação seja suscitada pelas partes antes do julgamento da decisão combatida, outra que, para além do questionamento, fica na dependência de efetiva decisão pelo aresto recorrido e a última que requer que a matéria tenha sido decidida, independentemente de debate prévio pelas partes²².

Bem se percebe que, entre os entendimentos mencionados, muda-se o foco para fazer coincidir o ato de prequestionar com a atividade das partes, com a manifestação do órgão julgador ou ainda com a soma do requerimento das partes e do posicionamento do tribunal a respeito da matéria oferecida à análise. Desde já, observa-se que a opção daquele a quem

²² “[...] Grosso modo, podemos sistematizar tais entendimentos em três grupos: a) prequestionamento como manifestação expressa do Tribunal recorrido acerca de determinado tema; b) prequestionamento como debate anterior à decisão recorrida, acerca do tema, hipótese em que o mesmo é muitas vezes considerado como ônus atribuído à parte; c) a soma das duas tendências citadas, ou seja, prequestionamento como prévio debate acerca de direito federal ou constitucional, seguido de manifestação expressa do Tribunal a respeito.” (MEDINA, José Miguel García. **O prequestionamento nos recursos extraordinários e especial: e outras questões relativas à sua admissibilidade e ao seu processamento**. 4 ed. ver. e atual. São Paulo: RT, 2005, p..217-218)

atribuir a consumação do prequestionamento tem impactos diversos sobre o processamento dos recursos em sede das Cortes Superiores.

Acontece que o significado morfológico de “prequestionamento” apreende-se da composição entre o prefixo “pré” e o substantivo “questionamento”, sendo que o primeiro transmite a noção de antecedência, enquanto o segundo promove a remissão ao ato de questionar ou ainda de indagar. Dessa junção, extrai-se que prequestionar encerra a ideia de indagar antes, a qual se justifica diante da informação de que sua gênese remonta a instituto norte-americano (“Judiciary Act”), que se perfectibilizava pelo simples ato questionador.

Todavia, a despeito de o instituto na atualidade não guardar mais os mesmos contornos, manteve-se a referida nomenclatura, com o registro de que, por ser exigido o pronunciamento prévio sobre a matéria pelo órgão judicante, seria mais conveniente mudar a denominação para “pré-julgamento”. Todavia, essa discussão deve ser relegada para segundo plano, sendo importante explorar o conteúdo por ele vinculado, independentemente de como venha a ser chamado.

O fundamento normativo para a exigência do prequestionamento encontra-se nos artigos 102, III, e 105, III, da Constituição da República, cuja aplicação aos recursos extraordinário e especial se estende ao recurso de revista, haja vista todos compartilharem índole de apelo excepcional. Dos dispositivos acima, é possível destacar o trecho inserto na redação, em que fica registrado que a matéria objeto de recurso deve se constituir em “causa decidida em única ou última instância” (VADE MECUM, 2013, p. 57/59).

Nesse particular, colhe-se da dicção de Dantas (2008, p.176) o significado a ser apreendido, qual seja “No âmbito dos recursos excepcionais, o pressuposto constitucional de que as causas tenham efetivamente sido decididas quer significar que o ponto sobre o qual o recorrente deseja que o STJ ou o STF se pronuncie deve estar contido no bojo da decisão recorrida.” Desse modo, questões de direito exsurgidas no recurso apenas se mostram hábeis a terem acesso à jurisdição excepcional, quando consignadas do julgado combatido.

Nos dizeres ainda de Nery Júnior (2000, p.252), “diz-se prequestionada determinada matéria quando o órgão julgador haja adotado entendimento explícito a respeito”. Fica representada por meio da referida fala a ampla aceitação da concepção de que se faz necessária, para configuração do prequestionamento, expressa manifestação da Corte Local acerca da questão federal ou constitucional discutida. Os Tribunais Superiores não examinam diretamente os autos, tendo contato com a lide a partir do contido na decisão recorrida.

Por outro lado, não se nega que a atuação das partes é determinante ao suscitar o prequestionamento, mas, a princípio, não suficiente para efetivá-lo. Assim é que devem introduzir a discussão desde a primeira oportunidade de manifestar-se nos autos, ainda em sede de exordial ou contestação, sendo oportuno ainda trabalhá-la quando da interposição do recurso ordinário. Até porque não seria o caso de se esperar que o Colegiado se pronuncie sobre determinada questão se o litigante não tiver pleiteado em instância inferior.

Com exceção dos casos previstos em lei, espera-se que a matéria objeto da insurgência excepcional seja previamente questionada. O destaque fica com o fato de que, à prévia submissão da análise, deve seguir abordagem pelo Colegiado. De tal forma que este, ao não fazê-lo, enseja a oposição de declaratórios em face de fundamentação defeituosa. Ou seja, a prestação jurisdicional mostra-se incompleta e, em persistindo na negativa em questão, o *error in procedendo* enseja a nulidade do julgado prolatado ante os EDs.

Esclarecedor desse particular, é o posicionamento sustentado pelo STJ por meio da edição da Súmula nº 211 do STJ (“Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”). Extrai-se de sua dicção que, para ter-se a matéria como prequestionada, ou os embargos opostos são “espontaneamente” acolhidos, ou resta provido recurso especial interposto para cassar o acórdão, forçando novo pronunciamento em face dos EDs opostos²³.

Como se percebe, mesmo a parte tendo reiteradamente suscitado a apreciação das questões aptas a ensejarem o cabimento do recurso especial, imprescindível à manifestação do órgão judicante local, mesmo que para tanto tenha que sofrer o controle do Tribunal de Cúpula. Ou seja, inexiste prequestionamento se o acórdão recorrido não tratou dos dispositivos havidos por violados, sequer da matéria por ele tratada, sem importar o fato de a parte ter oposto embargos declaratórios.

²³ Nesse sentido, “Em termos facilitados e práticos, a Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça quer significar que toda vez que ‘embargos de declaração prequestionadores’ forem opostos visando à oportuna interposição de recurso especial e forem rejeitados pelo Tribunal de Segunda Instância sob o fundamento da inexistência do vício que motiva a oposição daquele recurso — o que em geral reveste-se de fórmulas do tipo: “O Tribunal não é obrigado a responder todas as alegações das partes ou questionários” ou “O Tribunal não é obrigado a dizer em qual dispositivo de lei se apóia para fundamentar sua decisão” —,12 deverá o sucumbente interpor recurso especial, com fundamento no art. 105, III, ‘a’, da Constituição Federal, por violação ao art. 535, incisos I ou II, do Código de Processo Civil. Somente com o eventual acolhimento deste recurso e cassado o acórdão a quo é que terá cabimento novo recurso especial para levar ao Superior Tribunal de Justiça a questão legal/federal em que se funda a causa.” (BUENO, Cassio Scarpinella. **PREQUESTIONAMENTO - reflexões sobre a Súmula 211 do STJ**, In: <http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Prequestionamento%20-%20S%C3%BAmula%20211.pdf>. Acessado em: 14 set. 2013)

O prequestionamento enquanto ato judicial não é superado nem mesmo pela adoção de entendimento pela suficiência da oposição dos declaratórios, sendo esclarecedor, nesse sentido, a denominação a ele atribuída de prequestionamento ficto. Este entendimento, em atenção aos princípios da celeridade e efetividade processuais, é acolhido de forma pacífica pelo TST e de forma majoritária pelo STF. Ou seja, mostra-se indiferente a resposta negativa dada aos EDs, criando presunção de manifestação *pelo e no* acórdão regional.

3.2. O acesso à Justiça e a efetiva tutela de direitos em âmbito recursal

O estudo em tela adota como premissa o fato de a ordem constitucional vigente ostentar o acesso à efetiva tutela jurisdicional como um direito fundamental do jurisdicionado. E mais: há o intuito de demonstrar que o reconhecimento de atributos prequestionadores aos embargos declaratórios é condição imprescindível a que o referido acesso não ocorra apenas em uma perspectiva virtual, mostrando-se efetivo. Até porque a consagração da referida diretriz não poderia vir desacompanhada de estímulo a sua consecução.

Uma vez afastada a concepção de que os princípios se limitariam a comandos programáticos, abriu-se espaço para que fosse reconhecida a força normativa em que se revestem. A influência nas elaborações em torno das regras processuais, informando-lhes o conteúdo adequado ao modelo processual-constitucional vigente, mostra-se importante forma de se exibirem efetivos. Assim sendo, Bedaque (2006, p.36) pontua que devem ser delineados os instrumentos processuais sempre sob a ótica das garantias constitucionais instauradas.

De maneira idêntica, Oliveira (2007, p.322-325) registra exigência de que o processo seja aplicado a partir de matriz fornecida pela Constituição. Sob o referido eixo norteador, a técnica processual, ao servir de meio para vincular os princípios constitucionais, permite que o processo se apresente instrumental e efetivo. Segundo o autor, é na articulação desses aspectos que se encontra o paradigma da ciência processual dentro do qual se torna válida qualquer discussão travada em torno de seus institutos.

Nesse sentido, oportuna lição de Cappelletti (1988, p.13) no sentido de que o acesso à Justiça “não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.”

Todavia, há que destacar que não se trata de qualquer acesso que se traduz tão somente na possibilidade de a parte ingressar com ação judicial, mas de acesso qualificado, que se mostra a vista do que acima se dispôs.

Como expressão de direito fundamental, a promoção histórica do significado de acesso à Justiça é composta de múltiplas facetas, levantadas por Watanabe (1988), entre as quais figura o direito a que seja ofertado aos jurisdicionados instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos, perspectiva de interesse para este trabalho.

São seus elementos constitutivos: a) o direito de acesso à Justiça é, fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa; b) são dados elementares desse direito: (1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e ostentada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do país; (2) direito de acesso à justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; (3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; (4) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça com tais características. (1988, p.128)

Nessa perspectiva, talvez a mais preocupante barreira de acesso à efetividade almejada seja mesmo aquela posta pelo próprio regramento processual. Trata-se de situações em que se registra um superdimensionamento da forma em detrimento de sua função primordial, que é servir a melhor e mais justa aplicação do direito material. Com efeito, há diversas circunstâncias que, de certo modo, desvirtuam indevidamente a natureza instrumental do processo e de seus expedientes.

Assim, quando se interpõe recurso, que encontra dificuldades desarrazoadas em ultrapassar a barreira da admissibilidade e ter seu mérito analisado, patente a afronta ao princípio da instrumentalidade. Isso porque a insurgência da parte não se torna satisfeita com o mero ato de interposição recursal, sem que o juízo destinatário tenha a oportunidade de pronunciar-se sobre o pleito vinculado. Ou seja, acaba por não se alcançar a concreta produção dos efeitos pretendidos com o manejo do instrumento revisional.

A criação de óbices indevidos à admissão dos recursos de natureza extraordinária, em especial com a adoção de excessivo formalismo na análise da satisfação dos pressupostos recursais, não se justifica em nome da contenção do volume de processos que chegam aos Tribunais Superiores. Não se questiona a importância da celeridade processual, o que se alerta

é que a busca por sua promoção não deve ser feita a qualquer preço, colocando em patente violação à garantia do acesso à Justiça²⁴.

Importante registrar que, se de alguma forma não é viabilizado aos litigantes alcançarem à jurisdição do Tribunal Superior do Trabalho (TST), esta deixa de cumprir missão institucional de grande importância que lhe é atribuída. Desse modo, mister resgatar que à Corte Trabalhista cabe o controle de legalidade e constitucionalidade das decisões dos Tribunais Regionais, bem como a uniformização jurisprudencial. Em outras palavras, através do recurso de revista alcança-se a integridade da ordem jurídica.

Nesse contexto, o compromisso com uma tutela jurisdicional de qualidade exige a identificação de expediente processual capaz de satisfazer as exigências de prequestionamento da matéria fática e jurídica objeto do pleito recursal, escapando a incidência das Súmulas nº 297 e 126 do TST, adotadas muitas vezes sob uma leitura alargada. Na ausência de um meio especificamente destinado a tal finalidade, são utilizados os embargos declaratórios, com destaque para o fato de que pronunciamento judicial completo abarca esses elementos.

À vista do exposto, é possível identificar o seguinte compromisso atribuído ao órgão estatal e sua correlata exigência: quanto à primeira, refere-se ao dever a que se incumbe o Estado de prestar tutela jurisdicional justa e efetiva aos litigantes; quanto à segunda, trata-se da necessidade de que seja viabilizado o acesso à Justiça, por exemplo, oportunizando expediente processual que torne possível o cumprimento dos pressupostos que são exigidos das partes para ingressarem na jurisdição dos Tribunais Superiores.

As considerações inseridas neste tópico compõem eixo importante do presente trabalho, que tem por enfoque as dificuldades e os meios oportunizados para que se veja satisfeitos os requisitos do prequestionamento. Isso porque possibilita localizar o objeto deste estudo enquanto temática necessária à consecução dos direitos processuais fundamentais, conferindo-lhe importância e enchendo de significado os temas a seguir trabalhados.

²⁴ Similarmente, Carneiro assim se manifestou em artigo sobre o tema: “De acordo com tal garantia, portanto, não podem os Tribunais Superiores criarem óbices indevidos à admissão dos recursos especial e extraordinário, quer seja mediante novos requisitos de admissibilidade que não aqueles exigidos pela lei ou pela Constituição, bem como mediante o excesso de formalismo com os requisitos já existentes. A circunstância dos Tribunais Superiores encontrarem-se abarrotados de recursos aguardando julgamento não pode e não deve ser argumento para a utilização dos requisitos de admissibilidade dos recursos como freios para a contenção do grande volume recursal. O acesso à Justiça é bem de maior importância e deve, portanto, ser sempre preservado.” (CARNEIRO, Diogo Ciuffo. **Os requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário e a sua ilegítima utilização como filtros recursais**. In: Revista de processo, v.33, n.160, jun.2008, p.229)

4. OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PREQUESTIONADORES

No quarto e último capítulo, é enfrentada a exigência de prequestionamento à luz do comando constitucional de acesso à Justiça e de efetiva tutela jurisdicional de direitos. Sob esta diretriz, explicita-se a necessidade de concessão à parte recorrente de instrumentos aptos à satisfação dos pressupostos recursais específicos, problematizando a funcionalidade dos embargos de declaração a que se atribuí efeitos prequestionadores.

Entre a produção textual apresentada, esta é a que se mostra mais autoral, todavia, sem prescindir da salvaguarda de renomados doutrinadores. Com isso, quer-se dizer que o capítulo foi estruturado aproveitando a vivência na advocacia trabalhista de instância extraordinária, anteriormente mencionada. Daí a razão pela qual a estruturação do capítulo quanto aos temas eleitos e sua abordagem estão vocacionados a oferecer respostas que apresentam importantes desdobramentos práticos para os litigantes e para o órgão julgador.

Parte-se da referência às tradicionais funções atribuídas aos EDs, no que concerne a sanar omissão, contradição e obscuridade, para mais adiante alertar da possibilidade de vir a serem encampados novos postulados e atribuições. Nesta tocante, ganha concretude a prioridade com que deve ser tratada a melhor tutela do direito material em detrimento de uma visão rígida da forma, o que invoca diretamente o conteúdo do capítulo anterior.

Na sequência, como demonstração da força que ainda mantém essa leitura ortodoxa, são trabalhadas as formas de resistência à atribuição de efeitos prequestionadores aos embargos de declaração. Oportunidade em que se expõem os gravosos prejuízos sofridos pela parte embargante em função da conduta do Juízo *a quo* em penalizar a oposição de EDs. Assim, busca-se tornar patente o óbice posto ao acesso à jurisdição excepcional do TST.

Seguindo o itinerário em questão, o trabalho com os embargos faz com que seja colocada em cena dois temas imprescindíveis a seu manejo, quais sejam, o dever de motivação e a omissão judicial. Ambos a serem trabalhados à vista do adendo de que a forma como normalmente apreendidos se insere no contexto de juízo ordinário, assumindo conteúdo diverso quando analisados em âmbito extraordinário.

Em continuidade, são feitas considerações em torno da natureza jurídica dos embargos de declaração e a sua sucumbência. Nesse particular, o trato da matéria alerta para situação em que o prequestionamento de teses subsidiárias deve ser objeto de preocupação mesmo da

parte vencedora. É aquela hipótese em que, por um lado, a parte é exitosa no objeto litigioso em questão; de outro, vê-se na iminência do pedido ser revertido no TST.

Por fim, são abertas duas seções para abordar a negativa de prestação jurisdicional, a ser inscrita no recurso principal requerendo a nulidade do julgado em sede de embargos de declaração. Bem como é observado o exercício da cassação que esta preliminar enseja ao estimular o controle do TST sobre os Tribunais Regionais.

4.1. Leitura ortodoxa e avanços na funcionalidade dos embargos declaratórios

O presente capítulo é aberto com a afirmativa de que os embargos de declaração são expediente processual *sui generis*. Embora, para os fins deste trabalho, não haja maior interesse em sua gênese histórica, não se resistiu a uma rápida referência por mostrar-se curioso o fato de serem genuinamente luso-brasileiros. Há autores que apontam a existência de instrumentos com feições assemelhadas em diversas outras legislações estrangeiras, mas, em sua maioria, os juristas são veementes em afirmar a inexistência de similar.

Segundo Costa (1973, p.5), sua origem remonta às Ordenações Afonsinas, ao inserirem no Livro III, Título LXVIII, §4º e no Título LXXVIII, §4º a regência de expediente processual autorizativo a que o julgador declarasse e interpretasse a sentença, sem proferir outra, em caso de a decisão viesse a se mostrar duvidosa ou com palavras obscuras e intrínsecas. A mesma disposição se repetiu nas sucessoras Ordenações Manuelinas, vigentes a partir do século XVI e das Ordenações Filipinas, a partir do século XVII.

Presente nas Ordenações Portuguesas, os embargos de declaração entraram para o Direito Brasileiro, sendo mantidos em todos os diplomas processuais civis até o Código atual. Seu primeiro registro no Direito Brasileiro conta de 1850, em sede do Regulamento nº 737, encartado no título “Dos Recursos”. Posteriormente, foram tratados pela Consolidação de Ribas, bem como repassados para os Códigos de Processo e legislações posteriores, incluindo o Código Processual Civil de 1939 e de 1973, ainda hoje em vigor (FERNANDEZ, 1999, p.220-221).

Insta observar que o objetivo de esclarecer, complementar e aperfeiçoar as decisões judiciais não sofreu alteração durante o período de existência dos embargos declaratórios, que como visto não são expediente processual novo. Na verdade, durante esse percurso histórico

mostra-se estável, não tendo sido alteradas as suas características essenciais, qual seja, o fato de serem dirigidos ao juiz prolator da decisão inquinada, de não viabilizarem a revisão do julgado, de serem vinculados por meio de petição simples.

Especificamente quanto à sua inserção no processo trabalhista, conta com previsão no art. 897-A da CLT, sendo este complementado pelas disposições constantes dos arts. 535 a 538 do Capítulo V do CPC, voltadas especificamente ao trato dos embargos de declaração. Com efeito, diz o art. 535 do CPC que “cabem embargos de declaração quando houver, na sentença ou acórdão, obscuridade ou contradição ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal” (VADE MECUM, 2013, p.417).

Nesse passo, insta observar que a atribuição finalística dos declaratórios se mostra intimamente relacionada à qualidade da tutela jurisdicional prestada, que deve ter entre suas características ser completa e clara. Em amparo a essa abordagem, basta pensar naquelas situações com aptidão para ensejar o cabimento dos EDs: omissão, contradição e obscuridade. Frise-se que a fundamentação desse instrumento é vinculada, apenas sendo possível ao embargante invocar seu cabimento com base em tais tipos.

A despeito da opção do legislador brasileiro em atribuir-lhe natureza recursal²⁵, essa dedicação ao “saneamento” da decisão é algo que não é visto entre os demais recursos, que tem por interesse primordial a impugnação do julgado prolatado com vistas a reformá-lo. Os embargos, nesse sentido vocacionados, podem ser entendidos como impulso que a parte promove, dirigido ao próprio órgão prolator da decisão inquinada, com vistas a perfectibilizar o pronunciamento judicial.

Pode-se mesmo falar em uma espécie de controle promovido pela parte, em que se questiona não o juízo meritório proferido em si, mas o procedimento adotado pelo julgador quando de seu pronunciamento. Tanto é assim, que a persistência nos vícios apontados conduz a nulidade por *error in procedendo*²⁶.

²⁵ Nesse sentido, imprescindível registrar que entre os juristas “há acirrada polêmica sobre a natureza jurídica dos embargos de declaração”, com o destaque para o fato de que “duas correntes se dividem. Para a primeira, os embargos de declaração não seriam recurso, porque: a) não são julgados por outro órgão judicial, e sim pelo mesmo que proferiu a decisão embargada; b) não há previsão para o contraditório; c) interrompem o prazo para recurso, e exatamente por isso não seriam recurso; d) não objetivam reforma da decisão; etc. Para a segunda corrente, os embargos declaratórios possuem natureza recursal, tendo em vista a sua expressa previsão no elenco dos recursos do CPC (art. 496, IV)”. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 5ª edição, LTr, São Paulo, 2007. p. 792)

²⁶ “Com efeito. A parte atingida pelas consequências de uma decisão tem o direito de conhecer os seus respectivos contornos e os motivos que conduziram a ela. Se esses motivos ou contornos não estão claros, a

Há que se observar que nem sempre houve conformismo com uma leitura ortodoxa das hipóteses de cabimento dos embargos declaratórios, segunda a qual, eles estariam encerrados numa apreensão literal e rasa das hipóteses previstas do art. 535 do CPC. Contexto em que intolerada a produção de qualquer efeito reflexo no julgamento, de forma tal que “não haveria mudança senão aquela decorrente do *esclarecimento*, do *afastamento* da contradição ou do *suprimento* da omissão” (KOZIKOSKI, 2004, p.197). Esse encerraria seu âmbito de circunscrição.

Nesse sentido, a despeito dessa tipicidade marcada, registra-se um movimento de aceitação pela doutrina e de aplicação pela jurisprudência que, afastando o formalismo intransigente com que vinham sendo tratados, passa a reconhecer a emissão de efeitos de caráter modificativo ou infringente ao provimento dos embargos. Essa repercussão teria espaço no contexto específico em que o suprimento que se fizer necessário no *decisum* tenha relevância bastante para alterar-lhe o resultado.

Insta observar que a possibilidade de que a omissão suprida por decisão integrativa possa alterar os termos em que posta a condenação, trata-se de matéria que já se encontra pacificada na jurisprudência da Corte Trabalhista. Atestando o que se afirma, registre-se a edição, por intermédio da Res.121/2003, DJ 19,20 e 21.11.2003, do Enunciado Sumular nº 278/TST²⁷ no sentido de aceitar o efeito modificativo no julgado.

A consagração desse entendimento passa pela preocupação com a devida prestação da tutela jurisdicional, sendo dada prioridade a melhor tutela do direito material em detrimento de uma visão rígida da forma. Fagundes (1949) consegue condensar com muita propriedade as consequências positivas ao se permitir afastar formalismo exacerbado, deixando os órgãos judicantes livres para atuar quanto ao instituto processual, “[...] ampliando sua compreensão, expediente esse essencial à evolução lenta e convincente do direito” (1949, p.34-40).

A despeito disso, Kozikoski (2004, p.197) alerta que “a encampação de novos postulados não se faz sem resistências. Para uma parcela mais tradicional da doutrina, tal possibilidade tem causado perplexidade”. Atualmente, nessa linha de resistência, encontram-

decisão está viciada formalmente, caracterizando um *error in procedendo*. Tem a parte, de consequência, o direito de provocar o julgador para que os explice, por meio dos embargos de declaração, remédio por excelência para a correção do mencionada error. Uma vez e somente se explicitados, aí sim estará a decisão formalmente apta a verter consequências jurídicas sobre a parte destinatária.” (DEMO, Roberto Luis Luchi, **Embargos de declaração: aspectos processuais e procedimentais**, Editora Forense: Rio de Janeiro, 2003. p.33)

²⁷ **SÚMULA Nº 278 DO TST. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO NO JULGADO** (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 A natureza da omissão suprida pelo julgamento de embargos declaratórios pode ocasionar efeito modificativo no julgado. In: <http://www.tst.jus.br/sumulas> Acessado em: 28 set. 2013.

se os chamados embargos de declaração com finalidade prequestionadora. Ilustrando essa incompreensão, registra fala de Miranda (1990, p.62), para quem “têm os embargos finalidade específica e restrita que o interprete e aplicador não pode ampliar sob pena de desnaturar o recurso [...]”.

Faz menção ainda à fala de Dall’Agnol Júnior (2000, p.75), segundo o qual teria havido um desvirtuamento no uso da via integrativa, convertendo-se “em causa de constrangimento entre advogados e juízes, em razão da ampliação de seu uso, fruto, precipuamente, de exigências dos tribunais superiores quanto ao denominado prequestionamento e sua exaustão”. Esse desconforto conduzia, e ainda hoje conduz, a que restem refutados os acórdãos de forma genérica e padronizada, aduzindo, para tanto, a ausência de tipicidade.

Acontece que, dentro da sistemática delineada para os recursos de cunho excepcional, submete-se a satisfação do prequestionamento de tema federal ou constitucional objeto de insurgência. Em sendo assim, os embargos declaratórios, antes destinados precipuamente à função “esclarecedora”, passam a atender à necessidade de os recorrentes esgotarem ainda nos meios ordinários toda a amplitude das discussões no âmbito do litígio. Esse pronunciamento torna-se impreterível em matéria de admissibilidade dessa espécie recursal.

No ponto específico, os esforços convergem para afastar uma interpretação ortodoxa das hipóteses de cabimento dos embargos declaratórios, seguinte na mesma trilha da aceitação quanto aos efeitos infringentes, desta feita quanto às atribuições prequestionadoras. Em atenção aos comandos da instrumentalidade e da efetividade do processo, invoca-se a necessária abertura de inteligência para que sejam ultrapassados seus limites classicamente reconhecidos. Alcança-se, com isso, o resultado útil que se espera da atividade jurisdicional.

4.2. As formas de resistência à atribuição de efeitos prequestionadores

Não identificada à omissão, pelo menos sob o viés tradicional, e negada a atribuição dos EDs para fins de prequestionamento, os Tribunais Regionais respondem de duas formas, ora fazendo perecer os declaratórios por não conhecê-los, ora aplicando-lhes multa prevista no art. 535 do CPC. Em ambos os casos, verifica-se injusta penalização, traduzida em óbice

indevido ao direito que possuem os jurisdicionados de ter acesso à Justiça em todas as instâncias e exaurindo as vias recursais que a lei lhes proporciona.

Ao não serem conhecidos os embargos de declaração, são gravosas as consequências para o embargante. Nesse sentido, é cediço que a oposição de EDs gera a interrupção do prazo para ambas as partes interpirem qualquer outro recurso. Assim, deve-se aguardar a intimação da decisão dos embargos para só então o prazo completo do apelo ser contado. Até porque a decisão em EDs se integra ao acórdão prolatado, formando um todo a ser combatido pela parte que se insurge por intermédio de posterior apelo.

Todavia, a referida interrupção do prazo para a interposição de outro recurso não ocorre nos casos em que os declaratórios não são conhecidos, haja vista que, conforme dicção de Moreira (2003, p.561), embargos inadmitidos nenhuma influência têm no prazo para outro recurso. Em assim sendo, a rejeição dos EDs opostos leva ao prosseguimento contínuo do prazo recursal, acarretando a qualquer recurso posteriormente interposto, contra a decisão embargada, a inadmissibilidade por intempestividade²⁸.

Desse modo, a parte embargante, ao tentar prequestionar determinado tema, acaba por perder o prazo para a interposição de revista não apenas quanto a este capítulo do julgado regional, mas também daqueles em relação aos quais havia a pretensão de interpor revista diretamente. Lembrando-se que, em atenção ao princípio da unirrecorribilidade, dos temas já devidamente prequesitonados não pode haver interposição de RR na concomitância da oposição de Eds, no que tange a tema em que esse requisito ainda reste pendente.

A dificuldade em enxergar a funcionalidade dos embargos declaratórios na promoção do prequestionamento acaba por criar um cenário de extrema incerteza para as partes quanto ao seu direito de recorrer. E, por conseguinte, deixam fragilizadas as garantias insertas no chamado devido processo legal, que informa o desenvolver do processo de certo grau de

²⁸ Mister registrar que predomina na doutrina brasileira a concepção de que o juízo de admissibilidade, sendo declaratório negativo, enseja eficácia retroativa. Desse modo apenas produziram efeito os recursos admitidos “[...] qualquer decisão de não conhecimento de qualquer recurso, inclusive dos embargos de declaração, é de índole declaratória e, conseqüentemente, de eficácia retroativa (*ex tunc*). Em outras palavras, é verificado e declarado o que nunca foi, e não o que então deixa de ser. Logo, voltando ao tema específico, **a interposição de embargos de declaração inadmissíveis não tem o efeito de obstar a formação da coisa julgada. Ora, se qualquer recurso, desde que inadmissível, não impede a formação da coisa julgada, constitui uma autêntica contradição atribuir-lhe o efeito de interromper o prazo para interposição de outro recurso**, o que equivaleria, na prática, a obstar este mesmo trânsito em julgado”. (LUDWIG, Guilherme Guimarães. Negativa de admissibilidade em embargos de declaração e a ausência de efeito de interrupção para interposição de outros recursos. Revista AMATRA 5, nº 03, ano 2004. In: http://www.amatra5.org.br/php/revista/revista3_08.php. Acessado em: 27 nov. 2013) (Grifou-se)

previsibilidade e de segurança aos litigantes. Não pode a parte perder o direito à interposição de recurso, ao tentar satisfazer seus pressupostos recursais.

O devido processo legal abrange, dentre outros, o direito à efetividade do processo e o direito à segurança jurídica. Nesse sentido, deve servir de instrumento para a implementação desses princípios, de tal forma a impedir que o direito material reste sacrificado em função das formas. Em vista disso, busca-se destacar aqui a instrumentalidade do processo e dos próprios embargos de declaração, considerados como instrumento processual. É contra os perigos de um formalismo rigoroso que ora se alerta.

Outra postura que muitos TRTs vêm adotando é a culminação de multa, quando diante do aviamento de embargos prequestionadores, sendo estes recebidos como protelatórios. Não se deve confundir, contudo, essa forma de resistência com a anteriormente trabalhada, isso porque mesmo os embargos considerados protelatórios se prestam a interromper o prazo de interposição dos demais recursos cabíveis, em relação a qualquer das partes, exatamente como ocorre com embargos conhecidos e que não sofrem esta penalidade.

A incidência do parágrafo único do art. 538 do CPC²⁹ volta-se a repugnar a prática da litigância de má-fé, consubstanciada na conduta abusiva de opor embargos de declaração de maneira inoportuna e fora de suas hipóteses de cabimento. Constitui-se procrastinação a prática de atos processuais com vistas a atravancar o normal desenrolar do processo, com isso provocando a suspensão indefinida do feito, a prorrogação do trânsito em julgado da causa e o lançamento de empecilhos à execução definitiva da condenação.

À vista do exposto, é patente que os embargos de declaração prequestionadores não podem ser considerados protelatórios. Nesses casos, a oposição de embargos é imprescindível para alcançar a jurisdição dos Tribunais Superiores e, não se pode perder de vista que, em muitos casos, é dificultosa a identificação de abordagem efetiva e suficiente para entender satisfeito o referido pressuposto recursal. Fernandes (2012) explicita o fato de não ser censurável que a parte “se valha dos embargos de declaração para garantir a efetiva e inuvidosa manifestação do órgão *a quo* sobre a questão.” (2012, p.266)

²⁹ “Art.538. Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo”. (VADE MECUM, 16ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.417)

A despeito disso, muitos Colegiados Regionais ainda se valem de uma visão ortodoxa que associa intenção procrastinatória aos embargos voltados aos fins do prequestionamento, aplicando injustamente penalidade à parte que apenas litigava em função de garantir o acesso à via excepcional. Além do impacto econômico, a multa pode travar o recebimento do recurso principal, o que inclusive vem sendo questionado pela jurisprudência do TST³⁰, ao afirmar que essa repercussão não encontra resguardo legal.

4.3. O dever de motivação e a omissão judiciária

O comando de que as decisões tem que ser motivadas mostra-se de grande importância na afirmação da legitimidade do exercício da jurisdição, haja vista que, ao assim proceder, o magistrado viabiliza o amplo controle da atuação dos órgãos do Estado, exigência esta inerente à estrutura do Estado Democrático. É por meio dessa prestação de contas que se percebe se o ato de julgar ocorre de maneira arbitrária, atendendo aos interesses particulares do julgador ou se, como deve ser, atende à promoção eficaz de todos os outros direitos.

Numa abordagem que mais se aproxima aos recortes desta monografia, o dever de motivação corresponde à forma de controle endoprocessual da decisão, constituindo-se em pressuposto técnico de sua recorribilidade. Até porque motivação rigorosamente disposta assegura uma leitura crítica não apenas pelas partes destinatárias da prestação jurisdicional, como também pelos Tribunais Superiores em caso de interposição de recurso.

Nesse sentido, o trabalho com os embargos de declaração coloca em cena dois temas impescindíveis a seu manejo, quais sejam, o dever de motivação e a omissão judicial. Isso porque o expediente processual integrativo é incumbido da importante função de impulsionar o Poder Judiciário a cumprir satisfatoriamente o dever de fundamentação dos julgados, dever cujos contornos serão tratados nesse capítulo.

Enquanto a doutrina em geral contenta-se com a afirmação intuitiva de que há omissão quando o órgão julgador não se manifesta sobre pontos os quais deveriam ter sido objeto de expressa abordagem, Wambier (2005) percebe a incompletude de pronunciamento nestes

³⁰ RR - 89400-85.1998.5.15.0023 , Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 18/10/2006, 1ª Turma, Data de Publicação: 17/11/2006.

termos, propondo-se a problematizá-lo³¹. Em estudo aprofundado, explora os parâmetros para reconhecer a abrangência exigida da fundamentação.

Respondendo aos questionamentos levantados, a ilustre autora propõe uma diferenciação muito interessante entre julgado *suficientemente fundamentado* e julgado *completo* (WAMBIER, 2005), diferenciação que em muito interessa a essa monografia. Isso porque é sensível ao perfil diferenciado dos recursos ordinários e dos recursos excepcionais, permitindo trabalhar as dimensões diversas do dever de motivação a partir da perspectiva recursal. Ou seja, a noção de omissão em cada caso está para a viabilidade de acesso às instâncias revisionais.

Em sede de juízo singular, seria bastante exigir da sentença fundamentação suficiente a permitir as partes conhecerem os motivos para ter sido alcançada conclusão pela procedência ou improcedência dos pedidos vinculados à lide, o que é o bastante para que se tenha por satisfeito o dever de fundamentação.

Acontece que, como já exposto em capítulo anterior, é amplíssimo o efeito devolutivo do recurso ordinário (Súmula 393/TST), gerando o resgate automático das causas de pedir não trabalhadas na sentença. Desse modo, mostra-se simplificada a tarefa de motivar do juiz de 1ª instância, não havendo a preocupação em exaurir os fundamentos vinculados para sustentar a procedência dos pedidos ou a matéria de defesa correlata. Dentro da extensão delimitada pelo pleito recursal, o Colegiado dispõe dos mesmos elementos fáticos e jurídicos para decidir.

Nessa circunstância, é que se reconhece legítimo que o órgão julgador se abstenha de emitir pronunciamento judicial concernente a todas as questões postas a sua apreciação, segundo Alvim (2003), o juiz “não é obrigado a responder à totalidade da argumentação, desde que conclua com firmeza e assente o decisório em fundamentos idôneos a sustentarem a conclusão” (2003, p.668). Como bem observa o jurista inexistente vício em sentença que não se mostre exauriente quando a matéria de mérito, não sucitando, assim, nulidade.³²

³¹ “Nesse item, se tem por objetivo exclusivamente o de alertar para que as exigências do sistema processual civil brasileiro para que uma sentença se considere sem omissões (não lacunosa) são DIFERENTES quando se trata de decisões de juízo singular e de órgão colegiado. Durante os itens que se seguem, procurar-se-á demonstrar a dimensão destas diferenças, tratando-se de aspectos que caracterizam a decisão completa, para o segundo grau, e não integram as exigências de uma decisão suficientemente fundamentada, quando não sujeita a recursos excepcionais.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.105)

³² Nesse mesmo sentido pronuncia-se Campos Batalha, “a sentença deve apreciar todos os pontos fundamentais do dissídio, tanto no tocante a preliminares, quanto no tocante aos diversos itens do pedido. Mas não está o juiz obrigado a examinar todos os argumentos expendidos pelas partes”. (BATALHA, Wilson de Souza Campos.

Em contraste, o sistema recursal dispõe de regramento que torna bastante estreita a devolutividade dos recursos excepcionais, tornando com isso a tarefa de motivar mais complexa. Wambier (2005) observa que as questões relevantes a serem abordadas no acórdão deixam de ficar na dependência exclusiva do critério do julgador, devendo também constar da decisão aquelas que as partes estimam devidas, sob pena de não serem acessíveis à cognição da Corte Superior Trabalhista.

Com efeito, quando se tratarem de decisões sujeitas ao recurso excepcional trabalhista, o que ocorre normalmente com os acórdãos prolatados pelo órgão colegiado regional, não basta que estejam suficientemente fundamentadas, exige-se manifestação completa. Oportunidade em que se apropria da lição de Gomes Filho (2001), segundo o qual “cumpre, ainda, ao juiz, demonstrar que foram levados em consideração todos os elementos potencialmente úteis à decisão” (2001, p.176).

Insta observar que, na vigência do paradigma da efetividade, o juiz é visto como um dos participantes do processo, devendo cooperar com as partes na consecução do objetivo comum de observar o contraditório durante todo o processo (OLIVEIRA, 2003, p.62). Em assim sendo, está obrigado a prestar os esclarecimentos e auxílio às partes no que for necessário para que o diálogo instaurado no decorrer do processo possa ser oferecido, na medida do possível, à análise do Tribunal Superior do Trabalho.

Entre as atividades colaborativas exercidas, sobressai a de fundamentar adequadamente o julgado, podendo-se falar, em caso de recurso excepcional, na necessidade de que haja resposta não apenas a todas as perguntas mas também aos argumentos que as partes lhes submeterem. Desse modo, deverá constar abordagem expressa entre as razões de decidir do acórdão regional o resultado do embate entre autor e réu em contraditório.

Percebe-se que ante a inoperatividade da regra de que “há omissão no julgado quando o juiz deixa de apresentar pontos acerca dos quais ele não poderia ter deixado de se manifestar”, promove-se construção dogmática empenhada com efetiva resolução de problemas. Ciente de que a funcionalidade só pode ser alcançada quando o conteúdo objeto da

Tratado de Direito Judiciário do Trabalho, 2ª ed., Editora LTr, São Paulo, 1985, p. 542-543). Pontes de Miranda, por sua vez, registra em convergência que “examina o juiz os argumentos, sem lhe caber o dever de se pronunciar sobre cada um, de per si, ou sobre alguns deles. As questões têm a importância que lhes dá o seu objeto”. (Pontes de Miranda, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume II, p.11)

omissão assimilar as particularidades de diferentes instâncias e procedimentos, servindo de parâmetro de conduta para os juízes e de controle para as partes.

4.4. Natureza recursal dos embargos de declaração e sucumbência

O prequestionamento das teses subsidiárias deve ser objeto de preocupação mesmo da parte vencedora. Isso porque, seguindo a mesma lógica apresentada no tópico anterior, a matéria de defesa não utilizada para fundamentar o acórdão regional não é devolvida automaticamente à instância extraordinária do TST, sendo também submetida ao crivo do prequestionamento. Todavia, alguns entendem que nessa hipótese faltaria interesse de agir já que inexistente sucumbência.

Em virtude de a doutrina majoritária admitir com o *status* de recurso os embargos declaratórios, necessário indagar se a parte vencedora, pelo provimento ou acolhimento de preliminar, poderia obter provimento jurisdicional que resguarde do modo mais seguro seus interesses. A questão posta à análise é se a referida atuação não encontraria por óbice a sucumbência e o interesse recursal para o manejo da via integrativa pelo vencedor.

Na situação escolhida para ilustrar a questão, Turma de determinado Tribunal Regional do Trabalho mantém a sentença de piso, que havia julgado procedente o pedido de condenação ao pagamento de honorários advocatícios. Para tanto, confirma a incidência dos dispositivos de regência dos honorários obrigacionais civis, inscritos nos arts. 389, 395 e 404 do Código Civil. Ou seja, entende que seria bastante para o deferimento dos honorários pleiteados a existência de mera sucumbência.

Acontece que a jurisprudência pacificada do TST já consolidou o posicionamento de que, na Justiça do Trabalho, não se aplicam as normas de regência civil, nesse particular, tendo cabimento a condenação em honorários apenas diante da concomitância de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência sindical. Da forma como o acórdão foi fundamentado, bem se percebe que em recorrente a parte ré, a tendência é que o TST realinhe o julgado as Súmulas nº 219 e 329.

Nesse passo, importante acrescentar a informação de que o acórdão se deteve apenas no fundamento do pedido vinculado pelo Juízo de 1ª instância, sem nada dizer a respeito dos demais fundamentos também capazes de levar à procedência do pedido. E entre eles figurava

o preenchimento dos requisitos listados nos enunciado sumulares acima referidos, com a juntada aos autos da declaração de hipossuficiência e da credencial sindical do procurador atuante nos autos.

Chama-se atenção para a situação em que se encontra o reclamante: por um lado é parte vencedora no objeto litigioso em questão; por outro, vê-se na iminência de a procedência do pedido revertida, com o detalhe de que muito dificilmente conseguiria sustentar a seu favor junto ao TST a discussão do conteúdo sumular referido, sobretudo porque não consignados os elementos fáticos necessários a afastar a existência do óbice das Súmulas nº 126 e 297 daquela Corte Trabalhista.

O exemplo trabalhado evidencia uma situação em que metaforicamente *confere-se o direito com uma mão e se retira com a outra*, ou seja, o provimento concedido em favor do reclamado se revela de uma fragilidade ímpar. Sob essa ótica é que se mostra possível falar em prejuízo à parte, ainda que vencedora, e, por conseguinte, na necessidade de se que lhe seja assegurado o direito de obter pronunciamento expresso pelo TRT sobre a tese concorrente.

Sob pena de restar desprovido de meios para fazer frente à reforma do acórdão em seu desfavor, inconteste que há interesse em provocar o prequestionamento da causa de pedir, que não será automaticamente devolvida ao TST. Cabe lembrar que diferentemente do que ocorre nas instâncias ordinárias, a ampla devolutividade vertical não é operacionalizada em sede dos recursos interpostos perante a Corte Superior Trabalhista, conforme exposição promovida no capítulo anterior.

Nesse passo, ter bem trabalhada a concepção não tradicional de prejuízo é imprescindível para afastar eventual discurso que atribua caráter protelatório para os embargos de declaração opostos nesse contexto. Das lições de Jorge (2002, p.125) apreende-se que a apuração do prejuízo enquanto resultado de operação aritmética, entendida como o mero cotejo entre o que foi requerido e o que foi concedido, mostra-se insuficiente para a riqueza das experiências práticas.

4.5. Negativa de prestação jurisdicional

A oposição de EDs para fins de prequestionamento, como já tratado anteriormente, nem sempre é bem recebida pelos Tribunais Regionais, que deixam persistir não prequestionado o tema vinculado. Resta frustrada a parte que se valeu da via integrativa e há o risco de que seu recurso seja obstado ainda em fase de conhecimento, a despeito de abordar matéria já pacificada em sede do TST. Acontece que a ausência de manifestação pelo Regional configura nulidade passível de arguição no recurso principal.

O prequestionamento não se configura a partir de mera arguição da parte no recurso previamente anterior ou da simples oposição de EDs (exceto no caso do prequestionamento ficto), mas, sim, do acolhimento destes últimos com manifestação explícita da decisão jurisdicional relativamente à matéria ou aspecto fático a ser objeto de prequestionamento. A oposição de EDs é indispensável, outrossim, à configuração da nulidade processual pela ausência de análise de tema articulado oportunamente pela parte.” (RUSSOMANO JÚNIOR, 2011, p.95)

A inclusão de preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional (NNPJ) mostra-se recomendável, a despeito da alteração do teor da Súmula 297/TST, tendo o item III acolhido o chamado prequestionamento ficto, quando se considera prequestionada matéria invocada no recurso principal em relação a qual o TRT persiste omissa, mesmo depois de instado a se manifestar. Tal há de ser efetuado primeiro porque o alcance dessa disposição se limita às *questões de cunho jurídico*³³.

Nesse sentido, exclui-se a matéria atinente a fatos e provas da previsão constante do texto atual da S-297/TST, da qual continua a se exigir que seja apreciada e delimitada pelo Tribunal Regional. Assim sendo, imprescindível que os elementos fático-probatórios em que se sustenta a tese recursal sejam objeto de efetiva e explícita análise e fixação pela decisão recorrida, não bastando apenas que a matéria seja oferecida à análise sem que haja pronunciamento expresso a seu respeito.

³³ SÚMULA 297 DO TST. QUESTÃO JURÍDICA. PREQUESTIONAMENTO. HIPÓTESE. 1. A despeito de o Tribunal Regional do Trabalho não ter apreciado a matéria relativa à nulidade do contrato de trabalho em face da ausência de concurso público (art. 37, inc. II, da Constituição da República), argüida no Recurso Ordinário e nos Embargos de Declaração, consignou que o reclamante tinha sido contratado por empresa interposta para prestar serviços à Companhia Paranaense de Energia - COPEL, em 1993. 2. Delineado o quadro fático, tem incidência o item 3 da Súmula 297 do TST, segundo o qual considera-se prequestionada a questão jurídica invocada no recurso principal a respeito da qual se omite o Tribunal de pronunciar tese, não obstante a oposição de embargos de declaração. 3. Entende-se por questão jurídica a matéria relativa ao alcance da norma jurídica. Exclui-se desse conceito a matéria fática, que deve ser apreciada e delimitada pelo Tribunal Regional. Em relação à matéria atinente a fatos e provas, não é possível ter-se por atendido o requisito do prequestionamento se o Tribunal Regional não se pronunciou a respeito dela. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se dá provimento. (E-RR - 435609-95.1998.5.09.5555, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 09/02/2004, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 12/03/2004) (Grifo nosso)

Ademais, por cautela, também se recomenda a arguição de NNPJ mesmo em relação às questões tidas como jurídicas pelo recorrente. Uma vez que não se pode perder de vista a dificuldade na diferenciação entre temas fáticos e jurídicos, especialmente quando diante das questões mistas³⁴, em que resta explicitada a impossibilidade de diferenciação estanque entre essas categorias. Evita-se, assim, que a parte seja surpreendida com a denegação da revista pela S-126/TST, que, sem a arguição da preliminar, torna-se intransponível.

Nesse passo, sabido que não prequestionado o tema, apesar da oposição de embargos declaratórios, resulta nulidade processual a ser articulada no RR. Insta observar que o conhecimento da revista, seja pela não satisfação da S-297/TST, apesar da oposição de embargos declaratórios, seja pela aplicação incorreta dessa súmula, incide na vulneração do art. 896 da CLT.

A própria jurisprudência do TST aponta o caminho para o conhecimento do recurso de revista, quanto à preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, ao editar a Orientação Jurisprudencial nº 115 da SDI-1³⁵, em que indica expressamente os preceitos legais violados nessa hipótese. Assim orienta a parte recorrente que se supõe indicada a violação ao art. 832 da CLT, do art. 458 do CPC ou do art. 93, IX, da CF/1988. Não poderia passar despercebido o teor receptivo dessa OJ em meio a tantos enunciados obstativos.

Com efeito, bem poderia ter sido registrado que não se conhece de preliminar por NNPJ fundamentada em violação ao art. 5º, XXXV e LV, da Carta Magna ou em divergência jurisprudencial, por não impulsionarem o conhecimento de recurso de revista. Ao revés, optou-se por uma redação “positiva”, com a indicação de quais violações permitem o processamento da revista. E com isso resta evidenciada a abertura do TST à análise desse tipo de *error in procedendo*, bem como sua acolhida junto aquela Corte.

Vale lembrar que procedente a preliminar face ao reconhecimento da negativa de prestação jurisdicional, desencadeia-se a decretação da nulidade do acórdão regional, seguido da consequente determinação de retorno dos autos ao TRT, para a apreciação da questão de

³⁴ Registra-se tratar de termo utilizado por Knijnik. (KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005)

³⁵ **OJ-115-SDI1. RECURSO DE REVISTA. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL (alterada em decorrência da redação do inciso II do art. 894 da CLT, incluído pela Lei nº 11.496/2007) - Res. 182/2012, DEJT divulgado em 19, 20 e 23.04.2012.** O conhecimento do recurso de revista, quanto à preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, supõe indicação de violação do art. 832 da CLT, do art. 458 do CPC ou do art. 93, IX, da CF/1988. In: <http://www.tst.jus.br/ojs>. Acessado em: 18 nov. 2013.

direito ou questão de fato, explicitamente oferecida a exame. Desta feita resta prejudicada a apreciação meritória em função da inexistência de tese ou consignação dos elementos fáticos pela instância ordinária.

Desse modo, o reconhecimento da completa impossibilidade de verificação das ofensas indicadas, sem que o Regional faça uso de prerrogativas que só a ele pertencem, realça as finalidades do recurso extraordinário trabalhista e sua técnica específica, bem como as repercussões da relevância conferida ao conceito do prequestionamento.

4.5.1. O exercício da cassação e a importância do controle

Bem se percebe que a acolhida da preliminar de nulidade por Negativa de Prestação Jurisdicional, em face de embargos prequestionadores não providos, impõe a remessa dos autos ao Juízo *a quo* para que este se manifeste sobre a questão omitida. Neste caso, não há “rejulgamento” da causa. Ante essas considerações, resta patente que a operacionalidade do pressuposto recusal do prequestionamento acaba por conferir ao TST, reconhecidamente um Tribunal Misto, ressaltados traços de Tribunal de Cassação.

Quando o Juízo *a quo* se nega a aprimorar a prestação jurisdicional, a despeito de a questão ter sido resgatada na via integrativa, há incidência em erro de proceder (*error in procedendo*), em outras palavras, o Colegiado Local age mal. Insere-se entre os tantos outros vícios formais (vício de atividade) com potencial de produzir prejuízo à parte e, como consequência, enseja a nulidade do *decisum* prolatado. Com a ressalva de que o ato impugnável é a negativa de pronunciamento do acórdão em embargos de declaração.

Com a ressalva de que o Tribunal Superior do Trabalho não tem condições de decidir a respeito da “justiça” da decisão (*error in judicando*) sem que antes o Tribunal Regional consigne expressamente as questões, sejam elementos fáticos ou fundamentos jurídicos, em que se sustenta o pleito recursal. Isso porque, a insurgência meritória não se mostraria passível mesmo de conhecimento, esbarrando no óbice das Súmulas nº 126 e 297 do TST. Explicita-se, com isso, o prejuízo à parte recorrente causado pelo órgão judicante.

Não se considera, assim, *completa* decisão que deixe de examinar matéria que, somente fixada no acórdão impugnado, poderia ser objeto de julgamento por recurso de revista. Em sendo assim, é explícito que restam vulnerados importantes princípios processuais

por expressarem comandos constitucionais que tornam válida e legítima a atuação jurisdicional, sendo o principal deles o dever de motivar e de conduzir o processo dentro do contraditório constitucionalmente previsto e verificado na prática decisória.

Nesses casos, o recurso de revista, ao vincular preliminar de nulidade, assume as vestes de recurso de cassação. E com este *status* permite a Corte Trabalhista exercer função de controle, anulando a decisão integrativa e remetendo ao órgão prolator para nova análise. Ganha estímulo, assim, o exercício da função cassacional por parte do TST, que na seara justrabalhista, é o órgão guardião máximo da lei federal e constitucional.

Com efeito, a Corte de Cassação se limita à função de verificação, só podendo revogar e não resolver a controvérsia em si mesma, sendo exatamente isso o que acontece no caso em análise. Por não ser permitido ao TST revolver os autos a fim de colher a *causa petendi* a fim de conferir completude ao acórdão regional, anula questão maculada, sem conhecer do mérito, forçando o Regional a dar-lhe nova conclusão, proferindo-se outro acórdão em face dos EDs, destinado a substituir o que foi cassado.

Nesse contexto, insta resgatar fala de Buzaid³⁶ (informação verbal), quando da aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no dia 6 de abril de 1960, no sentido de que “Remonta, pois, ao direito romano a ideia sobre a qual se formou, muitos séculos depois, o instituto da cassação, isto é, a de uma reação mais vigorosa da lei para se defender contra a rebeldia do juiz.” Pouco interessa a este trabalho as raízes romanas do instituto da cassação, mas sim a explicitação da ideia por ele consubstanciada.

O empenho das partes em satisfazer o requisito do prequestionamento acaba por reforçar as funções de cassação da Corte Trabalhista. Isso porque é responsável por ressaltar de um lado o dever dos Tribunais Regionais em prepararem a decisão passível de ser recorrida por via de recurso de revista para a satisfação do requisito do prequestionamento e, por outro, o controle que pode ser exercício pela Corte Trabalhista, forçando a referida manifestação nas hipóteses em que se recuse a fazê-lo mesmo incitado pela oposição dos declaratórios.

³⁶ Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no dia 6 de abril de 1960.

CONCLUSÃO

Nesse momento de enlace de tudo quanto trabalhado até aqui, aproveita-se para fazer algumas considerações finais que sinalizam o melhor aproveitamento da exposição promovida. Com esse intento, há que ser resgatado que desde a colocação inicial do problema, ainda na introdução, foi manifestada preocupação para com a procedibilidade dos recursos de cunho extraordinário, mais especificamente do recuso de revista. De tal forma a deixar expresso que não se contrapõe fundamentalmente a “jogar as regras do jogo”.

O que se quis dizer com isso é que a intenção da pesquisa não foi a de diminuir a importância do prequestionamento, não foi a de negar a necessidade de satisfação desse instituto ou ainda de querer mudar o jeito com que o TST trabalha com a verificação desse pressuposto recursal. Ao revés, ante a forma como este é imposto ao cumprimento pelas partes, em contexto de jurisprudência defensiva, busca-se apresentar uma base teórica a aceitação dos atributos prequestionadores dos embargos declaratórios.

Em assim sendo, foi invocado como eixo fundante da exposição o direito à tutela jurisdicional efetiva, conferindo aos embargos de declaração matriz constitucional. Isso porque, se é imposto à parte a satisfação do prequestionamento, o órgão judicante de 2ª instância não deve ser omissor ao dever de motivar com vistas à lógica operacional caracterizadora da instância extraordinária. Por outro ângulo, não se justifica qualquer hostilidade ou rejeição aos atributos prequestionadores dos embargos.

Com efeito, o argumento de que o Juízo não é obrigado a se posicionar em relação a cada um dos argumentos vinculados como causa de pedir ou matéria de defesa, sendo suficiente o acolhimento de apenas um fundamento apto a sustentar autonomamente a decisão, incide em equívoco. A invocação da teoria geral dos recursos, detendo-se especificamente na amplitude do efeito devolutivo, permitiu concluir o porquê de apenas fazer sentido esta afirmação quando pronunciada pelo juiz de 1ª instância.

Diante do fato de não ser aplicável a devolutividade amplíssima do recurso ordinário ao recurso de revista, outra não pode ser a conclusão senão aquela que aponta para a imprescindibilidade do pronunciamento em sede do acórdão regional da matéria que não é devolvida de maneira automática. De outra forma as partes estariam inviabilizadas de explorarem o juízo revisional na profundidade com que foi trabalho no processo e, com isso, violado o direito de acesso à Justiça sob a ótica da efetiva tutela do direito vinculado.

Outro ponto conclusivo importante evidencia-se quando se destaca que a validade dos atributos prequestionadores aos embargos de declaração e de todo o arcabouço teórico em torno dele construído, faz com que seja localizado enquanto garantia processual. À vista disso, exige-se tratamento com mais dignidade pela 2ª instância. Logo, exige-se a abordagem de tais elementos pelos Colegiados Regionais inclusive sob a perspectiva da devida motivação dos julgados.

No que diz respeito às partes, chega-se a conclusão de que devem estar atentas para o melhor manejo possível dos embargos prequestionadores, fazendo o recorte das matérias que são necessárias ao seu pleito recursal. Para que ainda que não sejam providos os embargos, possa-se abrir tópico de negativa de prestação jurisdicional, garantindo que a matéria não sofra preclusão, o que se mostra especialmente importante diante de questões fáticas. De tal forma que possa o TST, em função de controle, forçar a manifestação do TRT.

Ante todo o exposto, tem-se por satisfeitos os propósitos deste trabalho, uma vez tendo sido respondidos os questionamentos iniciais, bem como exploradas importantes faces do tema analisado no que concerne a orientação das partes e dos Colegiados Regionais.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Editora Forense, 14ª edição. Rio de Janeiro, 2008.

ALMEIDA, Andréa Alves de. **Causa petendi e espaço procedimental: correlações com base no devido processo**. v.2, n.1, 2011, Revista Jurídica Democracia, Direito & Cidadania, Revistas UNIUBE. In: <<http://www.revistas.uniube.br/index.php/ddc/article/view/175>>. Acessado em: 19 nov. 2013.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo**. Revista a Juris, Porto Alegre, v.90, 2003.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume 2. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. **De volta ao prequestionamento – Duas reflexões sobre o RE 298.695-SP**. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: RT, 2005, Série 8.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Pquestionamento – reflexões sobre a Súmula 211 do STJ**, In: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Pquestionamento%20-%20S%C3%BAmula%20211.pdf>> Acessado em: 25 nov. 2013.

BUZAID, Alfredo. **A crise do Supremo Tribunal Federal**. Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no dia 6 de abril de 1960.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Helen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Diogo Ciuffo. **Os requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário e a sua ilegítima utilização como filtros recursais**. In: Revista de processo, v.33, n.160, jun.2008.

COSTA, Henrique Araújo. **Reexame de Prova em Recurso Especial: A Súmula 7 do STJ**. Brasília: Thesaurus, 2008.

COSTA, Moacyr Lobo da. **Origem dos Embargos no Direito Lusitano: pesquisa histórica**, Ed. Borsoi in dos embargos de declaração, Sonia Maria Hase de Almeida Baptista, p.5, Ed. Revista dos Tribunais, 1973.

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. **Embargos de Declaração**. Publicado na Revista Jurídica nº 275. In: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/civil/174.htm>> Acessado em 9 dez. 2013.

DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral: Perspectivas Histórica, Dogmática e de Direito Comparado: Questões Processuais**. São Paulo: RT, 2008.

DEMO, Roberto Luis Luchi, **Embargos de declaração: aspectos processuais e procedimentais**, Editora Forense: Rio de Janeiro, 2003.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 5ª ed. v.3. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 7ª ed., v. 3, Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2009.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 3. 8ª ed. Salvador: Editora Juspodium, 2010.

FAGUNDES, Seabra. Revista Forense, Fascículos 557, p.34/40, novembro/1949

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. **Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 266.

FERREIRA, Andréia Lopes de Oliveira. **Embargos infringentes e questões de ordem pública. Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2841>>. Acesso em: 5 dez. 2013.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação de decisões penais**, São Paulo, RT, 2001.

GUIMARÃES, Luiz Machado. **Preclusão, coisa julgada e efeito preclusivo**. In *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969.

JORGE, Flávio Cheim. **Apelação cível: teoria geral e admissibilidade**, 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: RT, 2002.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JÚNIOR, Nelson Nery. **Princípios Fundamentais: Teoria geral dos recursos**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000.

KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Embargos de Declaração: Teoria geral e efeitos infringentes**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 5ª edição, LTr, São Paulo, 2007.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Recurso Especial: Ordem Pública e Prequestionamento**, In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Edição especial, p.307-330, jan./dez.2003. In: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Paulo%20Henrique%20dos%20Santos%20Lucon\(2\)%20](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Paulo%20Henrique%20dos%20Santos%20Lucon(2)%20)> Acesso em: 5 dez. 2013.

LUDWIG, Guilherme Guimarães. **Negativa de admissibilidade em embargos de declaração e a ausência de efeito de interrupção para interposição de outros recursos**. Revista AMATRA 5, nº 03, ano 2004. In: <http://www.amatra5.org.br/php/revista/revista3_08.php>. Acesso em: 07 de abr 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de Conhecimento**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petição, recurso, sentença e outros**. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinários e especial: e outras questões relativas à sua admissibilidade e ao seu processamento**. 4ª ed. ver. e atual. São Paulo: RT, 2005.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e Ações Autônomas de Impugnação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Processo Civil Moderno, v. 2)

MICHAELIS: moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Companhia de Melhoramentos, 1998.

MIRANDA, Vicente. **Embargos de declaração no processo civil brasileiro**, São Paulo, Saraiva, 1990.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil** v. 5. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 11. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2006, v.5.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. **Os princípios constitucionais, a instrumentalidade do processo e a técnica processual**. In RePro n. 146. São Paulo: RT, 2007. p. 322-325.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes. **Recurso especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Oliveira Filho, João de. **Questão de fato, questão de direito**. Revista Forense n. 155. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

ORIONE NETO, Luiz. **Recursos cíveis**. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA FILHO, João de. **Questão de fato, questão de direito**. Revista Forense n. 155. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

PEREIRA, João Batista Brito. **Os embargos no TST na vigência da Lei n. 11.496/07 (artigo 894, inciso II, da CLT)**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 74, n. 2, p. 17-48, abr./jun. 2008.

RUSSOMANO JUNIOR, Victor. **Recursos Trabalhistas de Natureza Extraordinária – Pressupostos Intrínsecos**. 4ª Edição - Revista e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2011.

SANTOS, Aloysio. **Recurso de revista: o recurso extraordinário trabalhista: doutrina e prática do recurso de revista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e a ação rescisória**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. **O princípio da eventualidade no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A preclusão no processo civil**. In: *Revista Jurídica* nº 273 (2000).

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Repercussão geral no recurso extraordinário (Lei nº 11.418) e súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (Lei nº 11.417)**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, n.18, p.5-32, maio/jun.2007.

VADE Mecum. 8 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

Decisões Judiciais

AIRR: 1501408520035020058 150140-85.2003.5.02.0058, Relator: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 22/10/2008, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 31/10/2008.

AIRR - 398544-13.1997.5.23.5555 , Relator Juiz Convocado: Tarcísio Alberto Giboski, Data de Julgamento: 04/11/1998, 3ª Turma, Data de Publicação: 27/11/1998.

AIRR - 284440-23.2003.5.15.0122 , Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, 7ª T., Data de Publicação: 13/06/2008.

AIRR - 94340-68.2005.5.03.0060, Rel. Min.: Maria de Assis Calsing, 4ª T., Data de Publicação: 07/05/2010.

RR - 1186-86.2012.5.09.0026, Relator Desembargador Convocado: João Pedro Silvestrin, Data de Julgamento: 13/11/2013, 8ª Turma, Data de Publicação: 18/11/2013. *In*: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%201186-86.2012.5.09.0026&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAANFSAAH&dataPublicacao=18/11/2013&query='Consect%Elrio%20do%20conhecimento%20do%20Recurso%20de%20Revista'> Acessado em: 24 de nov. 2013.

E-ED-AIRR - 119740-42.2008.5.03.0137 , Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 05/05/2011, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 13/05/2011

TST - RR: 777002720025040008 77700-27.2002.5.04.0008, Relator: Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 25/03/2009, 7ª Turma,, Data de Publicação: 27/03/2009

TST - AIRR: 488401920075040791 48840-19.2007.5.04.0791, Relator: Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 12/11/2008, 7ª Turma,, Data de Publicação: DJ 14/11/2008.